

Effet relatif et opposabilité : un « petit arrêt » peut-il sauver une « grande » distinction ? - note sous Civile 1^{ère} 15 décembre 2011

Christophe André

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, le 26 mai 2005, les consorts X... ont vendu aux époux Y... un bien immobilier, par l'entremise de la société Stéphane Blot immobilier (l'agent immobilier) ; qu'alléguant avoir découvert, lors de la mise en oeuvre de travaux, l'état désastreux de la maison qui leur avait été dissimulé, les acquéreurs ont assigné les vendeurs et l'agent immobilier en résolution de la vente et en paiement de dommages-intérêts ainsi que la banque Scalbert Dupont (la banque), aux droits de laquelle se trouve le CIC Nord-Ouest, en résolution des contrats de prêt ayant servi au financement de cette acquisition ; que la vente a été annulée pour cause de réticence dolosive des vendeurs et les contrats de prêt résolus ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi principal de la société Stéphane Blot immobilier, pris en sa première branche :
Vu l'article 1382 du code civil ;

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

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

La doctrine juridique participe au processus de production du droit par ses interprétations, ses systématisations, mais aussi par les représentations qu'elle promeut. A cet égard, le commentaire des « grands arrêts » constitue un exercice classique, permettant de mettre au jour les jalons essentiels d'une construction prétorienne. Qu'en est-il des « petits arrêts », ceux que la Cour de cassation n'a pas jugés bon de publier ? Rarement commentés, ces arrêts exclus du Bulletin sont en quelque sorte à la périphérie des « données positives du droit »¹. Pourtant, leur analyse présente un intérêt certain dès lors que la Cour de cassation tâtonne dans l'élaboration d'une nouvelle construction et que sont en jeu les distinctions de notre droit que l'on croyait les plus ancrées. Cela se vérifie singulièrement avec l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 15 décembre 2011 qui, bien que non publié, a déjà été sauvé de l'oubli par plusieurs commentaires². Il est vrai que l'enjeu n'est pas mince puisqu'il s'agit d'apprécier la portée contemporaine de la « grande distinction » entre effet relatif et opposabilité, distinction qui semble mise à mal par la jurisprudence en cas de responsabilité d'un débiteur contractuel à l'égard d'un tiers : là où l'application orthodoxe de l'effet relatif conduisait à exiger « une

¹ J. Ghestin, *Les données positives du droit*, RTDCiv. 2002, p. 11 ; *contra* cependant, Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-67. 369 relatif à l'imprévision, non publié, mais commenté par D. Mazeaud et T. Genicon, avec beaucoup d'interrogations sur son statut (D. Mazeaud, *L'arrêt « Canal moins »*, D. 2010, P. 2481 ; T. Genicon, « *Théorie de l'imprévision...ou de l'imprévoyance ?* », D. 2010, p. 2485) ; *adde*, F. Lafay, *La modulation du droit par le juge*, Thèse, Lyon, 2006, n°1038 : l'auteur rappelle que la proportion des arrêts publiés par rapport au nombre des arrêts rendus par la Cour de cassation chaque année est de moins de 10%.

² Civile 1^{ère} 15 décembre 2011, D. 2012, p. 659, note D. Mazeaud ; Gaz. Pal. 2012, 8-12 avril 2012, p. 19, note D. Houtcieff ; LEDC février 2012, 3 obs. O.Deshayes et A.-C. Muller ; JCP 2012, éd. G, 530, p.864, note Ph. Stoffel-Munck.

faute délictuelle indépendante de tout point de vue contractuel »³, la Cour de cassation admet désormais que le tiers s'appuie sur le seul manquement contractuel pour prouver la faute délictuelle⁴. Or, l'arrêt commenté paraît de prime abord se démarquer de cette solution.

Il s'agissait d'une affaire où des particuliers avaient acheté une maison par l'intermédiaire d'un agent immobilier et souscrit un emprunt pour la financer. Découvrant l'état très dégradé de la maison, les acheteurs avaient obtenu l'annulation de la vente, ce qui emporta l'anéantissement corrélatif du crédit. La banque réclama à l'agent immobilier la réparation du préjudice lié au gain manqué, c'est-à-dire les intérêts que le prêt lui aurait permis de percevoir. La Cour d'appel de Caen avait condamné l'agent immobilier en considérant que le manquement à son devoir de conseil à l'égard de ses clients avait aussi causé un dommage à la banque ; cette banque, tiers au contrat liant l'agent à son client, avait alors été autorisée à se fonder sur ce seul manquement contractuel pour établir la faute délictuelle. La Cour de cassation censure les juges du fond, car elle estime qu'en condamnant le débiteur contractuel à indemniser le dommage subi par le tiers « **sans caractériser en quoi le manquement contractuel qu'elle relevait constituait une faute quasi délictuelle à l'égard de la banque, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil** ».

Au vrai, l'arrêt se prête à au moins trois interprétations : l'une, très simple, y verrait l'amorce d'un revirement, autorisant à croire à un retour à l'orthodoxie (I) ; l'autre, compliquée, y verrait la confirmation d'une casuistique naissante, distinguant les obligations en fonction de leur plus ou moins grand rayonnement (II) ; enfin, la troisième, la plus probable selon nous, considère cet arrêt non publié comme un rappel discret de l'exigence d'un lien de causalité propre à l'article 1382 du Code civil (III).

I - Un retour à l'orthodoxie ?

Revenir à l'orthodoxie exigerait de relativiser de nouveau la faute contractuelle, de considérer que seul le contractant peut l'invoquer. En bref, il faudrait détricoter la jurisprudence qui a été tissée à la Cour de cassation depuis 1998⁵, avec une accélération près 2006. Tout cela paraît bien improbable, tant au regard de la lettre de l'attendu principal qu'au regard de la distinction entre effet relatif et opposabilité, trop floue pour qu'on en restaure la pureté.

Pourtant, nombreux sont les auteurs qui ont appelé de leurs vœux un retour à l'orthodoxie. En effet, en affirmant une identité des fautes contractuelle et délictuelle, la Cour de cassation conduit à une distorsion de la distinction entre effet relatif et opposabilité. Plus exactement, elle induit une distorsion de son complément : le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, considéré comme nécessaire pour préserver les prévisions légitimes des parties. Elles pourraient, sans lui, être surprises par l'action exercée par un tiers. Aussi exigeait-on traditionnellement que le tiers rapporte la preuve d'une « faute délictuelle indépendante de tout point de vue contractuel ». Or, dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation use d'une autre formule, reprochant aux juges du fond de ne pas avoir relevé en quoi le manquement contractuel qu'ils constataient constituait une faute quasi-délictuelle. Au reste, l'attendu paraît anodin, il n'a rien d'un attendu altier qui entendraient rétablir les principes dans leur pureté, ce qui n'est pas pour étonner.

³ Cass. civ. 1ère, 9 oct. 1962, *Bull. civ.*, I, n° 405 ; civ. 1ère, 7 novembre 1962, *Bull. civ.*, n° 465 ; civ. 3ème, 15 octobre 1970, *Bull. civ.*, n° 515 ; civ. 3ème, 18 avril 1972, *Bull. civ.*, n° 233 ; civ. 1ère, 23 mai 1978, *Bull. civ.*, n° 201.

⁴ AP 6 oct. 2006, JCP 2006, éd. G, II, 10181, Avis Avocat général Gariazzo, note M. Billiau ; D. 2006, p. 2835, note G. Viney ; JCP 2007, éd. G, I, 115, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RDC 2007, Débats, p. 537 ; RTDciv. 2007, p. 115, obs. B. Fages et p. 123 obs. critiques P. Jourdain.

⁵ Cass. civ. 1ère 15 décembre 1998, *Bull. civ.*, I, n° 368 ; 18 juillet 2000, *Bull. civ.*, I, n° 221 ; RTD Civ. 2001, p. 146, obs. P. Jourdain.

D'une part, en effet, comme on a pu le souligner, c'est la première chambre civile elle-même qui a initié le mouvement de dé-relativisation de la faute contractuelle⁶ et il serait surprenant qu'elle y renonce en si bon chemin, quand bien même une partie de la doctrine l'y invite⁷. Le mouvement a d'ailleurs ensuite pris de l'ampleur, gagnant toutes les chambres de la Cour de cassation, avec la bénédiction de l'Assemblée plénière qui affirma de façon solennelle par un arrêt du 6 octobre 2006 que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ». Même la troisième chambre civile, que l'on a pu croire un temps hostile à la solution⁸, a fini par la faire sienne.

D'autre part, un retour à l'orthodoxie suppose à tout le moins d'adhérer encore au dogme. Or, la distinction entre effet relatif et opposabilité n'est limpide que si on l'abstrait de certains cas, pourtant usuels. Que le droit savant se frotte au droit vivant et l'obscurité l'emporte sur la lumière. A une époque où l'opposabilité n'avait pas encore été systématisée, Savatier avait déjà pourfendu « le prétendu principe de l'effet relatif des contrats »⁹. L'auteur y soulignait combien l'article 1165 du Code civil n'a, « par lui-même, presque aucun sens utile ; et il serait singulièrement dangereux et inexact de le prendre au mot. On n'arrive à lui déterminer un domaine qu'après des amputations successives qui embrassent, en fait, la plupart des cas où un intérêt sérieux pousse à mêler des tiers aux effets du contrat ». Les amputations de l'époque concernaient essentiellement la stipulation pour autrui tacite dans le contrat de transport et l'action directe, notamment en matière d'assurance. Puis vint la systématisation de l'opposabilité, à la suite d'Alex Weill notamment : certes le contrat n'est pas obligatoire l'égard des tiers en ce qu'il prévoit mais il constitue un fait social que les tiers ne sauraient ignorer¹⁰. En d'autres termes, l'acte juridique est relatif mais la situation de fait issue du contrat rayonne. Les exemples illustrant classiquement cette distinction sont bien connus : le tiers à un réseau de distribution sélective ne saurait participer à la violation des obligations prévues par le contrat, sous peine d'engager sa responsabilité ; de la même façon, un employeur qui débauche de façon déloyale un salarié de son concurrent commet une faute délictuelle. On demande donc au tiers, non pas de respecter les obligations du contrat (elles sont relatives), mais de ne pas entraver leur exécution (elles lui sont opposables).

Qu'en est-il dans notre cas, qui correspond à l'une des hypothèses les plus banales qui soit ? La distinction entre effet relatif et opposabilité n'est pas d'un grand secours. Elle conduit plutôt à accumuler les évidences : d'un côté un contrat de mandat signé entre les vendeurs et l'agent immobilier ; de l'autre un contrat de prêt conclu entre les acheteurs et la banque. Certes, les honoraires de l'agent immobilier ne sont dus que par celui qui lui a confié la vente de son bien, à savoir le vendeur. Ils sont « relatifs ». Certes, les mensualités ne sont dues que par ceux qui ont souscrit le prêt, les acheteurs. Elles sont elles aussi « relatives ». Dira-t-on que le contrat de prêt est opposable à l'agent immobilier ? Il s'agit plutôt de deux contrats adossés l'un à l'autre, créant chacun des droits personnels. Pourtant, même si les formalités de publicité propres au droit réel sont absentes en la matière, nul n'ignore le montage contractuel tant il est fréquent. L'agent immobilier connaît le contrat de prêt auquel il n'est pas partie ; la banque connaît le contrat de vente dont elle assure le financement. Simplement, il arrive que, parfois, les choses tournent mal : la vente est annulée, le contrat de prêt est anéanti, la banque s'émeut de son préjudice correspondant au gain manqué, c'est-à-dire aux intérêts¹¹.

⁶ J.-P. Tosi et P. Conte, *Le manquement contractuel dé-relativisé*, in Mélanges Gobert, Economica, 2004, p. 473.

⁷ L'avant-projet Terré, dans son article 125 alinéa 2, dispose que « *la seule existence d'un dommage subi par un tiers du fait de l'inexécution de l'obligation par un contractant n'engage pas la responsabilité délictuelle de celui-ci à l'égard du tiers* » ; *adde*, D. Mazeaud, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère} 15 déc. 2011, D. 2012, p. 659.

⁸ Cass. civ. 3^{ème} 22 oct. 2008, n° 07-15583 ; RTDCiv. 2009, p. 121, obs. P. Jourdain.

⁹ R. Savatier, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, RTDCiv 1934, p. 525.

¹⁰ A. Weill, *Le principe de relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1938, spéc. n° 589 et s.

¹¹ C'est d'ailleurs pour ce type de gain manqué que les banques veillent à la stipulation d'une « indemnité » en cas de remboursement anticipé.

Ce que révèle cet humble arrêt, c'est que pour un cas usuel, la distinction entre effet relatif et opposabilité a peu à nous dire : elle n'est pas opératoire. Certes, dira-t-on, la distinction explique pourquoi une formule classique de la Cour de cassation exigeait une « faute délictuelle indépendante de tout point de vue contractuel ». Mais est-ce plus convaincant, alors que le réalisme fait défaut ? Il est difficile d'exiger une faute indépendante lorsque l'affaire elle-même révèle des contrats adossés l'un à l'autre, interdépendants....

Au reste, cette opposition systématique entre effet relatif et opposabilité a déjà fait l'objet d'interrogations et de remise en cause : après Savatier, certains auteurs ont montré que la signification de l'effet relatif n'allait pas de soi, procédant d'une conception individualiste du contrat qui pouvait être nuancée, affinée¹² ; d'autres ont contesté l'idée que l'opposabilité soit un principe explicatif autonome, considérant qu'elle n'était au mieux qu'un « phénomène » agrégeant un ensemble de règles qui varient d'un pays à l'autre¹³.

Moins qu'un système, à peine un principe...De toute évidence, la distinction entre effet relatif et opposabilité prend l'eau et ses vertus opératoires ne sont pas manifestes dès lors que l'on sort du chemin balisé par les exemples convenus. Comment un « petit arrêt », non publié, pourrait-il la sauver ? Dans cette période d'abandon de constructions abstraites, trop rigides, n'est-il pas plutôt le révélateur d'une casuistique implicite ?

II - Une casuistique implicite ?

Selon cette deuxième lecture, l'arrêt de la première chambre civile du 15 décembre 2011 serait le révélateur d'une casuistique implicite, qui suggérerait de reconnaître une typologie des obligations, selon qu'elles sont vouées ou non à rayonner au-delà des parties. Cette lecture présente *a priori* deux avantages. D'une part, celui de la fidélité aux orientations présentées par la Cour de cassation dans son rapport de 2006, qui suggère explicitement la naissance d'une casuistique¹⁴. D'autre part, celui de l'intelligibilité : si la Cour d'appel de Caen a été censurée, c'est qu'il n'était pas établi en l'espèce que la banque était intéressée à l'exécution, par l'agent immobilier, de son devoir d'information¹⁵.

A première vue séduisante, cette deuxième piste paraît pourtant, elle aussi, décevante, car on croise en chemin des hybrides et autres chimères qui relèvent d'une véritable tératologie juridique. Qu'on en juge plutôt.

Si l'on esquisse la typologie des obligations contractuelles, il y aurait lieu de distinguer entre celles qui sont vouées à rayonner au-delà des parties et celles qui sont cantonnées à la seule satisfaction des parties.

S'agissant des premières, il conviendrait d'établir une sous-distinction entre les obligations accessoires (information, conseil, sécurité) et les obligations spécifiquement contractuelles.

¹² M. Grimaldi, *Le contrat et les tiers*, Mélanges Ph. Jestaz, Dalloz, 2006, p. 163 ; O. Deshayes, *Précisions sur la nature et les fonctions de la règle d'effet relatif des contrats*, Mélanges G. Viney, LGDJ, 2008, p. 333.

¹³ R. Wintgen, *Etude critique sur la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, préf. J. Ghestin, LGDJ 2004, n° 168, p. 155 et s.

¹⁴ « L'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 6 octobre 2006 permet de prendre en considération la portée à l'égard des tiers de l'obligation transgressée par le contractant. Il est, en effet, des obligations souscrites au profit du seul contractant dont le tiers n'a pas vocation à bénéficier et tel est le cas de l'obligation de non-concurrence qui ne profite en principe qu'au créancier de cette obligation. Mais cette même obligation peut, dans certains cas particuliers, concerner un tiers qui devient ainsi « tiers intéressé » et tel était le cas dans l'espèce soumise à l'assemblée plénière où le locataire-gérant exploitait son fonds de commerce dans les locaux appartenant au bailleur de sorte qu'il pouvait se prévaloir des défaillances de celui-ci dans l'entretien de l'immeuble ».

¹⁵ Dans le même sens, D. Houtcieff, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère} 15 décembre 2011, Gaz Pal. 2012, p. 20.

Les obligations accessoires correspondent à un devoir général de comportement à effet particulier : puisque le contrat ne vit pas dans un splendide isolement, son contenu obligationnel serait enrichi d'un devoir général de comportement. En effet, ce que l'on a appelé le « forçage du contrat »¹⁶, conduit le juge ou la loi à flanquer les obligations voulues par les parties d'obligations « accessoires ». Cette terminologie porte l'empreinte d'une conception volontariste et individualiste du contrat, supplantée aujourd'hui par une conception plus sociale et objective. La sécurité, la bonne foi, autant de comportements attendus que l'on soit contractant ou tiers : il en va de la vie harmonieuse en société, du Contrat social et non du contrat. L'identité des fautes contractuelle et délictuelle s'explique alors plus facilement, mais cela ne va pas sans modifier la conception même du contrat et la situation respective des parties. En effet, une fois intégré au contenu obligationnel du contrat, l'obligation accessoire modèle les obligations spécifiquement contractuelles : elle est contextualisée¹⁷. Dans notre espèce, l'information et le conseil attendus de l'agent immobilier sont destinés au vendeur, au regard de la mise en vente de son bien, mais non à la banque. Au reste, cette dernière ne se plaint pas d'avoir été mal conseillée mais plutôt d'un préjudice qui lui aurait été causé par le défaut de conseil.

Les obligations spécifiquement contractuelles pourraient aussi avoir un certain rayonnement à l'égard des tiers, comme l'a illustré l'hypothèse fameuse de 2006 : entretenir un local commercial est bien une obligation spécifique du contrat spécial de bail commercial, mais une obligation qui peut, ça et là, rayonner. Encore faut-il admettre la vanité d'une entreprise d'exhaustion des cas qui chercherait à déterminer *a priori* les obligations contractuelles vouées à un tel rayonnement

S'agissant des secondes, à savoir les obligations qui sont cantonnées à la seule satisfaction des parties, il y aurait lieu de distinguer les obligations spécifiquement contractuelles dans l'intérêt exclusif du créancier contractuel et les obligations accessoires sans rayonnement. Cette dernière hypothèse serait illustrée par l'arrêt commenté : le devoir de conseil de l'agent immobilier serait forgé dans l'intérêt exclusif du vendeur : il serait en quelque sorte fonctionnel.

Bref, un tableau à quatre entrées, une perspective analytique singulièrement complexe et imprévisible. Rien de bien satisfaisant, et cela pour plusieurs raisons. Il serait aisé, tout d'abord, de souligner le risque d'arbitraire d'une telle présentation. Comment circonscrire, en effet, la portée au cas par cas des obligations litigieuses ? On se souvient de la charge de Ripert critiquant la conception de la fonction sociale des droits défendue par Josserand pour théoriser l'abus de droit¹⁸. On conçoit assez bien que l'intérêt protégé soit mentionné par les parties, spécifié le cas échéant par la loi¹⁹, mais *quid* du juge ? N'y-a-il pas un risque d'arbitraire de sa part ? Dans des faits assez similaires à ceux de l'espèce commentée, la première chambre civile avait admis en 2005 l'action d'une banque contre des notaires qui avaient été jugés partiellement responsables de la nullité de la vente immobilière financée²⁰. Y aurait-il alors deux poids deux mesures selon qu'il s'agit d'agents immobiliers ou de notaires négligents ? Faut-il raffiner et compliquer encore la casuistique pour tenir compte de l'intensité variable du devoir de conseil selon la profession concernée ?

¹⁶ L. Josserand, *Le contrat dirigé*, D. 1933, chron., p. 89.

¹⁷ P. Ancel, *Faut-il « faire avec » ?*, RDC 2007, 2, p. 538 et s.

¹⁸ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949, n° 99.

¹⁹ Ainsi de l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce qui institue une obligation de préavis en cas de cessation d'une relation commerciale établie. Si le préavis accordé n'est pas jugé suffisant, l'auteur de la rupture engage sa responsabilité délictuelle. Edicté à l'origine en faveur des cocontractants des centrales d'achat de grande distribution afin de favoriser leur reconversion, le texte ne vise dans sa lettre aucun secteur particulier, ce qui permet de l'invoquer dans toute relation commerciale. Or, l'action n'est pas attitrée, si bien que la chambre commerciale vient d'admettre qu'un « tiers peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la rupture d'une relation commerciale dès lors que ce manquement lui a causé un préjudice » (Cass. com. 6 septembre 2011, n° 10-11.975 ; JCP 2012, éd. G, 530, obs. Ph. Stoffel-Munck).

²⁰ Cass. civ. 1^{ère} 15 mai 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 205 ; RTD civ. 2005, p. 596, obs. J. Mestre et B. Fages.

Si la casuistique permet de révéler les failles des distinctions dogmatiques, doit-elle pour autant être consacrée officiellement, au risque de basculer d'une simplification réductrice à une tentative vaine d'exhaustion des cas ? Certes, non. Comme le disait Paul Valéry, « ce qui est simple est toujours faux. Ce qui ne l'est pas est inutilisable »²¹. En ces temps de réécriture du Code civil, on imagine mal une loi française entériner une casuistique jurisprudentielle car, contrairement à l'Allemagne, la France a une tradition non pas analytique mais synthétique : la loi, générale et abstraite, fixe des notions directrices, laissant au juge, « législateur du cas particulier », le soin de la mettre en œuvre dans chaque espèce. L'arrêt commenté a pour visa l'article 1382 du Code civil, vieux grognard dont les conditions permettent d'expliquer la solution, dès lors qu'on se souvient que la faute, une fois établie, doit être en rapport causal avec le préjudice allégué.

III - Un rappel discret de l'exigence d'un lien de causalité ?

En vertu de l'article 1382 du Code civil, « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». C'est sur le fondement de ce texte que l'arrêt caennais est censuré pour manque de base légale : autant dire que la Cour de cassation déplore l'absence de vérification d'une condition requise par le texte. Cette condition renvoie selon nous à l'exigence causale : la Cour de cassation exige qu'on lui explique « en quoi » le manquement contractuel de l'agent immobilier constituerait une faute à l'égard de la banque. Ce rappel de l'exigence causale suggère trois séries de précisions.

En premier lieu, cette exigence d'un lien de causalité entre le manquement contractuel et le préjudice subi par le tiers permet de faire l'économie d'une typologie des obligations en fonction de l'intérêt protégé. Comme le souligne Mme le Professeur Viney, « pour que cette causalité soit reconnue, il faut, de toute évidence, que le tiers démontre qu'il avait intérêt à l'exécution »²². Le cœur battant de la jurisprudence assimilant les fautes contractuelle et délictuelle serait ainsi la causalité : « il semble qu'en réalité le seul véritable problème soit celui de la causalité : il convient de vérifier que le dommage est bien la conséquence de l'inexécution invoquée »²³. On renoue ici avec les vertus de la causalité conçue comme un filtre des demandes en indemnisation : il ne suffit pas d'alléguer un préjudice réparable, ni une faute contractuelle, fût-elle « dé-relativisée »²⁴, encore faut-il prouver que le lien causal entre les deux est établi. Sans doute ne faut-il pas s'exagérer la pureté théorique des principes mis en œuvre lors de cette appréciation causale. Dans l'affaire ayant suscité l'arrêt de l'assemblée plénière du 6 octobre 2006, l'avocat général avait considéré que la notion-clé n'était ni le préjudice ni la faute contractuelle mais bien la causalité, tout en reconnaissant que les juges procédaient à une appréciation « empirique » : « sans trancher entre les différentes théories proposées par la doctrine (la proximité de la cause, l'équivalence des conditions ou la causalité adéquate), la jurisprudence s'en tient à une approche pragmatique, se refusant à formuler des principes juridiques en la matière et à prendre partie entre les différentes analyses théoriques »²⁵.

En deuxième lieu, dès lors que l'on admet qu'il faudra « faire avec » cette jurisprudence²⁶ et qu'on ne saurait déterminer *a priori* les tiers qui auront une proximité certaine avec le contrat, la causalité permet dans chaque cas d'opérer une sélection. N'est-ce pas le meilleur moyen pour contrôler « l'intérêt sérieux » relevé autrefois par Savatier et qui conduisait à des amputations successives de l'article 1165 du Code civil ? Il ne suffirait pas d'un intérêt quelconque du tiers mais bien d'un intérêt sérieux. Cette notion d'intérêt sérieux éviterait

²¹ P. Valéry, *Mauvaises pensées et autres*, 1942.

²² G. Viney, *La responsabilité du débiteur contractuel à l'égard des tiers : divergence de la jurisprudence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ?*, D. 2012, p. 657.

²³ J. Flour, J.L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, vol. 3, *Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 2^{ème} éd., p. 115-116.

²⁴ J.-P. Tosi et P. Conte, *Le manquement contractuel dé-relativisé*, Mélanges Gobert, p. 473 ; Ph. Brun, *Feu la relativité de la faute contractuelle*, RLDC 2007, p. 5 ; R. Wintgen, *Tout fait quelconque...le manquement contractuel saisi par l'article 1382 du Code civil*, RDC 2007, p. 609 ; P. Stoffel-Munck, *La relativité de la faute contractuelle*, RDC 2007, p. 587.

²⁵ Avis Avocat général Gariazzo, sur AP 6 octobre 2006, JCPG 2006, II, 10181.

²⁶ P. Ancel, *Faut-il « faire avec » ?*, RDC 2007/2, p. 538 et s.

aussi l'écueil d'une présentation des jurisprudences successives comme autant de correctifs d'équité au « principe » de l'effet relatif. La solution de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 octobre 2006 offre au tiers victime un avantage évident, puisqu'il peut invoquer le contrat pour ce qui l'arrange (la preuve de la faute) et le révoquer pour ce qui le dérange : dès lors que le tiers se situe sur le terrain délictuel, le débiteur contractuel ne pourra pas lui opposer le contrat avec ses stipulations et ses règles (les éventuelles restrictions conventionnelles ou légales ; une clause attributive de compétence ; une courte prescription, etc.). Une telle solution paraît si avantageuse pour le tiers victime qu'elle risque de frapper de désuétude les constructions antérieures, qu'il s'agisse de la stipulation pour autrui tacite ou de l'action directe. Autant prendre acte de l'abandon de la première et faire le vœu d'un abandon de la seconde, dans les chaînes translatives de propriété, afin de concentrer les efforts d'analyse sur la solution actuelle.

En troisième lieu, on sait combien la causalité a fait l'objet de savantes théories, aussi nombreuses que controversées. Par-delà la distinction entre causalité adéquate et équivalence des conditions, on a proposé de tenir compte de « l'empreinte du mal » : l'idée directrice serait de tenir compte non plus du fait générateur dans sa matérialité mais dans son illicéité, au regard notamment de la gravité de la faute²⁷. Ce mode d'appréciation peut rendre de grands services lorsqu'un tiers fait valoir un préjudice imputable selon lui à une faute contractuelle : en l'espèce, la banque aurait très bien pu connaître ce manque à gagner (perte des intérêts) quand bien même l'agent immobilier aurait satisfait à son devoir de conseil. Il est permis de penser que les juges seront plus stricts pour le préjudice matériel que pour le préjudice corporel : plaie d'argent.... On sait en effet que cette distinction structure désormais les régimes spéciaux d'indemnisation et le droit réformé de la prescription. Tout porte à croire qu'une sollicitude plus grande sera accordée à la victime d'un dommage corporel : le passant, *penitus extranei*, qui aurait la malchance d'être blessé par un store de boutique mal entretenu, deviendrait facilement un tiers intéressé au regard de son préjudice ; le manquement du bailleur commercial à ses obligations d'entretien serait bien l'une des causes de son préjudice. Un contrôle plus exigeant serait de mise pour le dommage matériel, mais cela n'interdirait pas de relever çà et là une faute causale. Au reste, ce qui était présenté comme un « fondement » de l'action directe dans les chaînes translatives de propriété - au nom de *l'intuitu rei*²⁸ - se résorberait en une question fort triviale : si le maître de l'ouvrage peut agir contre le sous-traitant qui a fabriqué des tuiles – gélives, cela va de soi...- c'est qu'il vit dans une maison dont le toit fuit à cause de ses tuiles... Si le locataire-gérant peut agir contre le bailleur commercial, c'est qu'il pâtit au jour le jour de l'état dégradé des lieux... En revanche, on doute que le lien de causalité n'ait pas été rompu entre un agent immobilier manquant à son devoir de conseil et une banque perdant le gain escompté du prêt annulé...

Il ne s'agit pas de remplacer les principes de l'effet relatif et de l'opposabilité par une idéologie de la réparation²⁹, mais plus modestement de bâtir patiemment un droit processuel du contrat, soucieux de l'infinie variété des cas et des « liens qui rattachent inévitablement les uns aux autres tous les membres d'une société »³⁰. Même saisi en tant qu'acte juridique, le contrat rayonne, sa fonction sociale fait bon marché du

²⁷ L'idée est attribuée à N. Dejean de la Bâtie (in Aubry et Rau, Droit civil Français, t. VI, *Responsabilité délictuelle*, n° 72 et s.) et reprise aujourd'hui par certains auteurs, notamment Ph. Brun, in *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2005, n° 284 et s.

²⁸ L'action directe nécessairement contractuelle est ainsi présentée comme un accessoire du droit de propriété sur la chose. Ce fondement est contestable dès lors que les membres intermédiaires de la chaîne bénéficient de l'action directe quand bien même ils ne sont plus propriétaires. Il a toutefois le mérite pragmatique d'offrir un régime « clé en mains » de l'action directe : le premier contrat qui a mis le bien en circulation dessine les droits du tiers, qui ne sauraient être plus importants que ceux du créancier originaire.

²⁹ L. Cadiet, *Les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation*, Mél. P. Draï, Dalloz, 1999, p. 495 et s.

³⁰ R. Savatier, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, RTDCiv. 1934, pp. 544-545 : « L'article 1165 est le témoin d'une conception purement individualiste du droit des obligations. Il part de l'idée que les affaires de chacun ne concernent que lui-même, qu'il les gère librement, et que la société et les tiers n'ont point à s'en occuper. Cette conception simpliste d'une liberté absolue de l'individu ne tient pas suffisamment compte des liens qui rattachent inévitablement les uns aux autres tous les membres d'une société »

mythe de l'autonomie de la volonté. Cela suggère deux remarques conclusives, l'une en forme d'étonnement, l'autre d'interrogation.

Etonnement d'une part, car l'individualisme des conceptions portées par le Code civil de 1804 aura finalement été érodé par... l'individualisme du début du XXI^{ème} siècle qui voit se multiplier les actions en justice dès qu'une brèche est ouverte par le juge. Ce n'est pas le moindre des paradoxes d'observer la victoire d'une conception sociale et objective du contrat pour rendre compte d'un mouvement jurisprudentiel qui valorise un pullulement de demandes individuelles. « Dé-relativisée » au bénéfice de la victime d'un dommage corporel, puis du locataire-gérant face au bailleur commercial négligent, la faute contractuelle se trouve dans notre espèce invoquée par une banque contre un agent immobilier. De nombreuses revendications, plus ou moins légitimes, plus ou moins fantaisistes, risquent de s'engouffrer dans la brèche si l'exigence du lien causal ne joue pas son rôle de verrou.

Interrogation d'autre part, car si des digues doivent être construites, faut-il le faire en pariant sur les constructions classiques ou bien en fournissant au juge des « tests », des critères, des indices permettant d'apprécier au cas par cas l'infinie variété des demandes ? En d'autres termes, vaut-il mieux s'arc-bouter sur les théories abstraites contredites par la jurisprudence ou accompagner le mouvement par le biais d'une théorie pratique ? Dans le débat contradictoire entre tiers victime et débiteur contractuel, en viendra-t-on à autoriser ponctuellement ce dernier à invoquer les clauses contractuelles, en somme à se retrancher derrière elles, au nom d'un intérêt tout aussi sérieux, celui de la prévisibilité contractuelle³¹ ? La résistance des données factuelles aux données juridiques aurait alors eu raison de la distinction classique entre effet relatif et opposabilité.

³¹ Cette voie est esquissée par certains arrêts. Ainsi, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 12 octobre 2005, que le tiers qui exerce une action en responsabilité civile délictuelle à l'encontre du constructeur en raison du non-respect des règles d'urbanisme ou des servitudes d'utilité publique ne dispose pas, à son égard, de plus de droits que ceux qu'il peut exercer à l'encontre du maître de l'ouvrage (Cass. civ. 3^{ème} 12 oct. 2005, RDI 2005, p. 459 obs. Ph. Malinvaud ; *ibid*, 2006, p. 43, obs. G. Trébulle).