



CONTRAT ET OBLIGATIONS

> Sauver l'obligation *in solidum*

par Antoine Hontebeyrie, Professeur à l'Université Paris-Saclay

La réforme du droit des obligations a-t-elle sonné le glas de l'obligation *in solidum*? Pareille évolution n'était sans doute pas dans ses intentions. Mais peut-être l'a-t-elle provoquée néanmoins.

L'institution est connue, qui trouve son application la plus illustre dans la situation suivante. Plusieurs personnes, disons A et B, causent fautivement et en dehors de tout contrat un même dommage, en son entier, à une troisième, disons C. Dans ce cas, C dispose-t-il d'une action en réparation de la totalité du dommage contre chacun des deux coauteurs, à charge pour celui qui aura payé l'indemnité totale de se retourner contre l'autre pour lui réclamer sa part? C est-il, au contraire, tenu de diviser ses poursuites contre A et B, et donc de ne demander à chacun qu'une fraction du dommage, la moitié par exemple?

La Cour de cassation a été confrontée à cette difficulté dès la première moitié du XIX^e siècle. En faveur de la division, les coauteurs ont invoqué l'article 1202 du code civil, aux termes duquel : « La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée. / Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi ». Techniquement, et même si elle n'était pas nécessairement explicitée ainsi, cette position reposait sur le raisonnement suivant. En ce qu'il disposait que la solidarité, c'est-à-dire l'obligation au tout, ne se présume pas, l'article 1202 voulait dire qu'en principe, la dette qui lie plusieurs débiteurs se divise entre ces derniers, sauf dans les cas où elle présente un caractère solidaire en vertu de la convention ou de la loi. En d'autres termes, ce texte renfermait, en creux, le principe de division de la dette à pluralité de sujets, lui-même tenu pour issu de la Nouvelle 99 de l'empereur Justinien (539 ap. J.-C.) ainsi que le confirment sans ambiguïté les propos de l'un des quatre rédacteurs du code civil (J. de Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au Conseil d'État*, III, 3^e éd., 1822, p. 57). Or, par hypothèse, aucune convention ni aucune loi ne conférait à l'obligation des coauteurs considérés un caractère solidaire. En conséquence, cette obligation devait se diviser entre eux, conformément audit principe.

Cependant cette thèse de la division se heurtait à un argument qui a sans doute sauté aux yeux du lecteur, s'il ne le connaissait déjà. Il tient à ce que l'article 1202 a manifestement été écrit pour les obligations contractuelles et non, donc, pour les obligations extracontractuelles. C'est exactement ce que la Cour de cassation a répondu aux coauteurs, dans un arrêt *Langlumé* rendu en 1836 : « l'article 1202 du code civil, qui statue que la solidarité ne se présume pas, qu'il faut qu'elle soit expressément STIPULÉE, indique manifestement, par cette dernière expression, que la règle posée par l'article 1202 ne gouverne que la solidarité conventionnelle ; – Qu'elle ne saurait donc s'appliquer aux cas des délits et quasi-délits, lesquels constituent des engagements qui, suivant la définition du code lui-même, se forment sans convention ; – Qu'ainsi, en prononçant contre le trésor et contre Langlumé une condamnation commune et solidaire à la réparation du dommage résultant de la faute successive de l'un et de l'autre, l'arrêt attaqué n'a pas violé l'article 1202, qui était inapplicable à la cause » (Civ. 29 févr. 1836, DP 1836. I. 131 ; V. aussi Req. 4 mai 1859, S. 1859. I. 377, qui réitérent à peu près la même formule en l'étendant clairement aux autres engagements qui se forment sans convention – et pour lesquels les développements qui suivent valent *mutatis mutandis* ; rappr. Civ. 6 sept. 1813 et 18 janv. 1814, S. 1814. I. 57). Le schéma que l'on connaît s'imposait alors tout naturellement. Les coauteurs ayant chacun causé la totalité du dommage (c'est l'analyse retenue sur le plan de la causalité : V. *infra*), ils se trouvent tenus de la même dette de réparation. Et cette dette ne se divise pas, puisque le principe de division n'a pas droit de cité dans la sphère extracontractuelle. De là, l'obligation au tout des coauteurs, initialement qualifiée de solidaire et rebaptisée plus tard *in solidum* pour la distinguer de celle spécifiquement prévue à l'article 1202. De là aussi, le formidable succès de l'institution, qui ne s'est pas cantonnée à la faute délictuelle mais a gagné la responsabilité contractuelle ainsi que la responsabilité sans faute.

Le raisonnement jurisprudentiel qui vient d'être exposé vaut-il encore sous l'empire des textes issus de la réforme? Cela est fort douteux et, pour tout dire, légalement exclu. Aujourd'hui, l'article 1309 du code civil, dispose : « L'obligation qui lie plu-

sieurs créanciers ou débiteurs se divise de plein droit entre eux. (...) Si elle n'est pas réglée autrement par la loi ou par le contrat, la division a lieu par parts égales. / Chacun des créanciers n'a droit qu'à sa part de la créance commune; chacun des débiteurs n'est tenu que de sa part de la dette commune. / Il n'en va autrement, dans les rapports entre les créanciers et les débiteurs, que si l'obligation est solidaire ou si la prestation due est indivisible. ». Ce texte siège dans le titre IV du livre III du code civil, consacré au régime général des obligations. Il a donc vocation à s'appliquer à toutes les obligations, quelle qu'en soit la source. Tapi et circonscrit deux siècles durant, le principe de division s'est finalement affirmé et déployé, prêt à fragmenter tout ce qui se trouve dans son périmètre, c'est-à-dire toutes les obligations à plusieurs sujets, contractuelles ou non, à l'exception de celles qui y résistent par l'effet de la solidarité ou de l'indivisibilité.

Que répondre, alors, aux coauteurs qui exciperaient de l'article 1309 pour échapper à une condamnation au tout? Qu'ils ont raison, du moins aussi longtemps que la réforme du droit de la responsabilité civile n'aura pas pris le relais de l'ancienne solution? Cela serait profondément regrettable, au moins sur le plan politique: à la multiplicité des faits générateurs du dommage, répondrait le morcellement du droit de la victime à en obtenir réparation! Quatre voies sont envisageables pour éviter cette issue.

La première suppose l'adoption d'une conception particulière de l'obligation *in solidum*, défendue par une partie de la doctrine sous l'empire des textes antérieurs à la réforme. Au rebours de l'approche classique, qui considère que chacun des coauteurs a causé la totalité du dommage, cette conception particulière, que l'on pourrait qualifier de « composite », estime que la causalité se divise et que chacun des coauteurs n'a en réalité causé qu'une fraction du dommage, dont le *quantum* varie suivant les cas. Elle admet néanmoins l'obligation *in solidum*, mais à la faveur d'un postulat consistant à décider que chacun des coauteurs est tenu non seulement de la part du dommage qu'il a causée, comme débiteur ordinaire, mais également, en outre, de la part des autres, à titre de garantie. En d'autres termes, il n'y a plus une obligation unique liant plusieurs débiteurs, mais un agrégat d'obligations ordinaires et d'obligations de garantie, distinctes les unes des autres. Rapportée à la difficulté ici analysée, cette conception devrait donc logiquement déboucher sur l'inapplication de l'article 1309, faute d'obligation unique, et permettre ainsi la survie de l'obligation *in solidum*. Cependant, après avoir laissé transparaître une telle issue en 2020 (RDC 2020/4, p. 35), la troisième chambre civile de la Cour de cassation a finalement réitéré avec force la conception classique de la causalité, jugeant, sous l'empire du droit antérieur à la réforme, que « Chacun des coauteurs d'un même dommage, conséquence de leurs fautes respectives, doit être condamné *in solidum* à la réparation de l'entier dommage, chacune de ces fautes ayant concouru à le causer tout entier » (Civ. 3^e, 19 janv. 2022, n° 20-15.376, FS-B+R, au visa de l'art. 1147 C. civ. alors applicable, mais la solution vaut pour la responsabilité en général, D. 2022. 686, note N. Bonnardel; RDI 2022. 175, obs. C. Charbonneau; RTD civ. 2022. 386, obs. H. Barbier, et 403, obs. P. Jourdain; JCP 2022. Doctr. 257, obs. G. Virassamy). Cet arrêt de cassation condamne donc la

thèse composite. Deux autres éléments le confirment, presque surabondamment. D'une part, ladite thèse composite était au cœur de la difficulté. Si elle avait été admise par la Cour, le pourvoi aurait été rejeté ou, à tout le moins, accueilli dans des termes différents. D'autre part, le commentaire consacré à cette décision dans la *Lettre trimestrielle de la troisième chambre civile* indique: « Ainsi, l'obligation *in solidum* n'a pas pour objet de mettre à la charge d'une partie les conséquences de la faute des autres mais de résoudre la difficulté tenant à la pluralité des débiteurs de l'obligation de réparation d'un même dommage » (févr. 2022, p. 8). Le message est clair.

La deuxième voie consiste à exploiter la conception classique tout juste réaffirmée par la Cour, pour en déduire que les coauteurs, ayant chacun causé l'entier dommage, doivent chacun en réparer la totalité, au titre non pas d'une obligation unique mais de plusieurs obligations distinctes ayant chacune pour objet l'entière réparation. En réalité, un tel raisonnement serait vain. De ce que les coauteurs ont chacun causé l'entier dommage, il résulte qu'ils doivent tous la même réparation. Il n'y a donc là rien d'autre qu'une « obligation qui lie plusieurs débiteurs » et qui devrait donc se diviser en application de l'article 1309. Au reste, c'est précisément ce qui ressort du commentaire précité figurant dans la *Lettre trimestrielle de la troisième chambre civile*. Si l'obligation *in solidum* est une solution à « la difficulté tenant à la pluralité des débiteurs de l'obligation de réparation d'un même dommage », c'est bien que la situation d'amont, qu'il s'agit de traiter, est celle d'une obligation à plusieurs débiteurs. Il faut donc chercher ailleurs.

La troisième voie en appelle aux règles supra-législatives. Selon le Conseil constitutionnel, le principe de responsabilité délictuelle pour faute tel que formulé à l'article 1382 (devenu 1240) du code civil, procède d'une « exigence constitutionnelle » (V. par ex. Cons. const. 5 juill. 2019, n° 2019-795 QPC, § 5, D. 2019. 1393; AJDA 2019. 1425; Constitutions 2019. 437). Ne peut-on en déduire que l'obligation *in solidum* des coauteurs délictuels s'inscrit elle-même dans cette exigence? Si le droit constitutionnel veut que l'auteur d'une faute délictuelle répare le préjudice qu'il a causé, et si chacun des coauteurs a causé la totalité de celui-ci, n'est-il pas inconstitutionnel de décider que chacun d'eux ne doit néanmoins en réparer qu'une partie? Dans l'affirmative, en passant par les voies adéquates, il serait envisageable de neutraliser la division en ce domaine. La perspective est séduisante, mais butte sur deux difficultés. Premièrement, l'inconstitutionnalité n'est acquise qu'en présence d'une atteinte disproportionnée aux droits de la victime (V. par ex. Cons. const. préc., *eod. loc.*). Or il n'est pas certain que la division réponde à cette condition. Deuxièmement, l'exigence constitutionnelle ne concerne, en l'état, que la responsabilité pour faute. La neutralisation de la division sur ce seul terrain laisserait donc régressivement de côté les cas de responsabilité sans faute. Le droit européen des droits de l'homme, auquel on songe aussi naturellement, soulève en l'occurrence des difficultés analogues. Lui aussi raisonne en termes de proportionnalité, du moins le plus fréquemment. En outre, il opère de façon segmentée, droit par droit. Il n'est donc pas propice à une neutralisation de la division couvrant toutes les responsabilités. Sauf, peut-être, à voir dans cette division une atteinte

disproportionnée au droit au respect du bien que représente, pour la victime, la créance de réparation...

La quatrième voie, certes un peu transgressive, a le mérite d'être bien plus radicale, en tout cas bien plus malléable. Elle consiste à tirer les conséquences de l'ancrage séculaire de l'obligation *in solidum* dans la tradition juridique française. La responsabilité pour le tout des coauteurs délictuels était déjà admise bien avant 1804. En l'accueillant sous l'empire du code, la jurisprudence n'a fait que relayer une solution très ancienne. En l'étendant par la suite aux autres responsabilités, elle l'a adaptée aux évolutions que la matière a connues. L'institution a ainsi acquis une évidente constance et les décisions qui en font application sont innombrables. Tout cela, semble-t-il, reçoit l'approbation du plus grand nombre. N'y

a-t-il pas là matière à reconnaître l'existence d'une coutume? Coutume *contra legem*, certes. Mais celle-ci n'a rien d'inédit. Mieux, elle a précisément fait ses preuves dans un domaine très proche de celui dont il est ici question. On veut parler de la solidarité de plein droit retenue depuis 1920 à l'égard des débiteurs contractuels d'une même dette commerciale (Req. 20 oct. 1920, D. 1920. I. 161, note P. M.). Inaugurée au nom d'un « usage antérieur à la rédaction du code de commerce », cette solution était pourtant directement contraire à l'article 1202. Les motifs de fond invoqués par la Cour de cassation à l'appui de sa consécration jurisprudentielle tiennent à l'intérêt commun du créancier et des débiteurs, dont elle augmente le crédit. L'intérêt de la victime et l'ancienneté vénérable de l'obligation *in solidum* ne pourraient-ils, semblablement, justifier aujourd'hui la reconnaissance d'une coutume?