

**L'intervention de la responsabilité délictuelle
dans le domaine de la responsabilité contractuelle
en droit français
à la lumière des expériences étrangères**

Christian Larroumet*

Introduction

1.— C'est en général sous le nom de problème du cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle que la doctrine envisage la question de savoir si la responsabilité délictuelle peut intervenir dans le domaine de la responsabilité contractuelle. Et pourtant, à juste raison, la plupart des auteurs, en France comme au Québec, considèrent que la terminologie est mauvaise,¹ ce qui nous conduit à l'écarter, non seulement parce que le cumul *lato sensu* suppose une superposition d'actions, ce qui n'est pas toujours le cas, mais encore parce que le cumul *stricto sensu* supposerait que le demandeur puise à son gré certaines règles relatives à la réparation de son dommage dans le régime contractuel et d'autres règles dans le régime délictuel.² Si le cumul *lato sensu* est concevable, il est évident que la notion de cause de l'action en justice s'oppose au cumul *stricto sensu* dans la mesure où, même si le demandeur peut éventuellement disposer de plusieurs actions pour obtenir la réparation à laquelle il prétend, encore convient-il qu'il précise le terrain sur lequel il fonde sa prétention, puisqu'on ne saurait confondre dans une même voie de droit des actions qui relèvent de causes différentes.³ En effet, même si le

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université René Descartes (Paris).

¹Voir notamment, en droit français, H. & L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6e éd. par Tunc (1965), t. I, no 174, aux pp. 226-9 [ci-après: Mazeaud et Tunc]; B. Starck, *Droit Civil* [:] *Obligations* (1972), no 2254, aux pp. 665-6; G. Cornu, "Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle" in *Travaux de l'Institut de droit comparé de la Faculté de droit de Paris* (1981), t. XXIII, pp. 239 et seq. En droit québécois, voir Crépeau, *Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien* (1962) 22 R. du B. 501.

²Voir par exemple, Cornu, *supra*, note 1, à la p. 240, où l'auteur envisage un panachage; voir également Rodière, *La combinaison des responsabilités*, J.C.P. 1950.I.868, qui oppose le *cumul*, lequel suppose une application concurrente des règles des deux responsabilités, et le *concours*, lequel suppose une application subsidiaire des règles de la responsabilité délictuelle lorsque le débiteur en vertu d'un contrat n'est pas contractuellement tenu de la réparation; mais voir *infra*, note 6.

³Voir J. Vincent & S. Guinchard, *Procédure civile*, 20e éd. (1981), no 372, aux pp.396-400, à propos de la notion de cause de la demande qui, au demeurant, est controversée.

demandeur n'a pas fondé sa demande sur une règle de droit, il appartient au juge de procéder à la qualification qui s'impose à la lumière des faits et des prétentions qui lui sont soumis. Or, s'il apparaît au juge que la prétention doit être qualifiée d'action en responsabilité contractuelle, il ne saurait être fait application à cette action des règles de la responsabilité délictuelle,⁴ ce qui, de toutes façons, ne préjuge pas de la question de savoir s'il peut aussi y avoir place pour une autre action, cette fois-ci fondée sur la responsabilité délictuelle.⁵

2.— En réalité, une fois éliminée la question du cumul *stricto sensu*, le problème de savoir si la responsabilité délictuelle peut intervenir dans le domaine de la responsabilité contractuelle est ramené à deux questions. La première est de savoir s'il est possible pour le demandeur à la réparation d'intenter deux actions indépendantes, l'une fondée sur la responsabilité contractuelle du défendeur et l'autre sur sa responsabilité délictuelle. C'est le cumul *lato sensu*. Plus précisément, il s'agit de savoir si une action en responsabilité délictuelle peut constituer le complément d'une action en responsabilité contractuelle,⁶ ce qui peut

⁴Toutefois, il peut arriver que la cause de la demande ne soit pas précisée, ni par le demandeur ni par le juge, dans les cas où le résultat de l'action aurait été le même que celle-ci soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou bien sur la responsabilité délictuelle. Dans ces cas, la qualification ne présente pas d'intérêt. Telle est la raison pour laquelle il y a un certain nombre de décisions judiciaires dont on ne peut *a priori* savoir si elles ont été rendues sur le terrain de la responsabilité contractuelle ou bien sur celui de la responsabilité délictuelle.

⁵Dans certaines législations, l'application simultanée des règles de la responsabilité délictuelle et de celles de la responsabilité contractuelle pourrait être admise. Ainsi, voir R. Rodière, "Définition et domaine de la responsabilité contractuelle" in Pédone, *Harmonisation du droit des affaires dans les pays du Marché commun* (1981), et plus spécialement à propos des droits allemand et danois. Mais la solution contraire est consacrée, outre le droit français, par les droits grec, italien et anglais.

⁶Voir Rodière, *supra*, note 2, où l'auteur envisage la subsidiarité de la responsabilité délictuelle par rapport à la responsabilité contractuelle, dans la mesure où il considère que c'est dans le cas où le débiteur contractuel ne serait point tenu en vertu de la responsabilité contractuelle que la responsabilité délictuelle pourrait éventuellement intervenir pour permettre d'assurer la réparation du dommage. Dans le même sens, voir Cornu, *supra*, note 1, à la p. 240. Mais l'opinion de ces auteurs est trop restrictive, car on peut envisager l'intervention de la responsabilité délictuelle non pas seulement d'une façon subsidiaire, mais aussi en complément de la responsabilité contractuelle, laquelle n'aurait permis qu'une réparation jugée insuffisante par le demandeur. C'est la raison pour laquelle nous préférons dire qu'il y a complémentarité éventuelle de la responsabilité délictuelle plutôt que subsidiarité, ce qui, au demeurant, paraît mieux correspondre aux données du problème en droit comparé. Mais il est vrai que MM. Rodière et Cornu ont une perception plus extensive du cumul *stricto sensu* que celle que nous soutenons dans ce texte. En effet, pour ces auteurs, le cumul *stricto sensu* suppose des prétentions concurrentes et simultanées quant à l'application des règles des deux responsabilités, même si ces prétentions trouvent leur fondement dans deux demandes distinctes. Pour nous, le cumul *stricto sensu* suppose un appel aux règles des deux responsabilités dans le cadre d'une même demande en justice.

présenter un intérêt non négligeable dans tous les cas où la première peut être paralysée par la prescription ou, quant au fond, parce que le fait dommageable est apprécié plus libéralement dans l'intérêt de la victime en matière de responsabilité délictuelle qu'en matière de responsabilité contractuelle ou bien parce que la réparation est plus étendue sur le terrain de la première que sur celui de la seconde, ou encore parce qu'il s'agit d'échapper à une limitation conventionnelle de responsabilité contractuelle. En fait, il y a autant d'intérêts à se prévaloir de la responsabilité délictuelle en complément de la responsabilité contractuelle qu'il y a de différences dans les régimes juridiques des deux responsabilités, différences favorables au demandeur sur le terrain délictuel.

Quant à la seconde question il s'agit de savoir si le demandeur à la réparation peut choisir purement et simplement entre le régime délictuel et le régime contractuel, étant admis que tout panachage est exclu, la logique du choix imposant, si l'action pour laquelle il a opté est de nature délictuelle, que celle-ci ne sera soumise qu'au régime de la responsabilité délictuelle, et si l'action est contractuelle, qu'elle ne sera soumise qu'à celui de la responsabilité contractuelle. C'est ce que l'on qualifie d'*option* entre les deux régimes de responsabilité. L'option peut présenter des avantages quant au fond, comme l'action complémentaire en responsabilité délictuelle, mais aussi quant à la procédure et notamment, ici encore, en matière de prescription, mais également en matière de compétence. Au demeurant, le problème posé dans l'affaire *Wabasso Ltd v. The National Drying Machinery Co.*,⁷ jugée par la Cour suprême du Canada le 22 juin 1981, concernait l'option entre les deux régimes à propos de la compétence judiciaire.

3. — Le double problème posé par l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le champ contractuel reçoit, en principe, en droit français, une solution très claire, plusieurs fois affirmée par la Cour de cassation depuis longtemps, laquelle est approuvée par la majorité des auteurs, ce qui différencie très nettement le droit français de la plupart des autres systèmes juridiques de tradition civiliste dans lesquels les positions des jurisprudences nationales et d'une grande partie de la doctrine sont ambiguës. En effet, dans presque tous les systèmes juridiques, si quelquefois on affirme le principe qu'il n'y a pas d'obstacle à l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel et tel est bien le sens de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Wabasso*, d'autre fois on tempère le principe inverse de la non-intervention par des exceptions qui, sans même qu'il soit nécessaire de faire allusion à leur caractère vague, ruinent totalement la

⁷[1981] 1 R.C.S. 578.

portée du principe. Or, le droit français se démarque des autres systèmes juridiques par l'affirmation du principe de non-intervention. Comme on a pu le dire "le seul droit rigoureux est le droit français. Il est en même temps le seul logique",⁸ encore que, sans qu'il soit pourtant question de véritables exceptions au principe, la jurisprudence française, dans certaines hypothèses, à vrai dire peu justifiables, n'aille pas jusqu'au bout de la logique de la non-intervention.

Cependant, en droit français, comme dans d'autres systèmes juridiques, le problème a été quelquefois obscurci par la prise en considération d'éléments qui ne lui étaient pas propres, ce qui fait qu'il n'a pas toujours été posé sur le terrain qui devait être le sien. Il convient donc d'envisager les données du problème avant d'en examiner la solution.

I. Les données du problème

4.— Le problème de savoir si la responsabilité délictuelle peut intervenir dans le domaine de la responsabilité contractuelle, soit en vertu d'une option, soit à titre complémentaire, ne peut se poser que si le demandeur à la réparation dispose d'une action contractuelle, encore qu'en ce qui concerne l'option, on puisse se demander si elle ne peut appartenir qu'au demandeur. En effet, à supposer que *le demandeur ait invoqué la responsabilité contractuelle* du défendeur, celui-ci ne pourrait-il pas se prévaloir de l'option pour être jugé sur le terrain de la responsabilité délictuelle? Cette question n'est jamais envisagée car on suppose que l'option ne peut appartenir qu'au demandeur. Évidemment, c'est au demandeur de choisir le terrain sur lequel il entend porter son action. Mais le défendeur n'est pas obligé de le suivre. En droit français, qui admet le principe de la non-intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel, la question ne saurait se poser. En effet, de deux choses l'une: ou bien les conditions de la responsabilité contractuelle sont remplies, ou bien elles ne le sont pas. Dans le premier cas, en raison de l'impossibilité de l'option, la responsabilité ne peut être que contractuelle. Dans le second cas, la responsabilité ne peut être que délictuelle et il n'y a pas non plus d'option. Par conséquent, ce n'est que si le défendeur prétend que les conditions de la responsabilité contractuelle ne sont pas remplies qu'il pourra demander l'application des règles de la responsabilité délictuelle.⁹ Mais il est évident que dans ce cas, ce n'est pas en vertu d'une option qui lui serait attribuée.

⁸Voir Rodière, *supra*, note 5, à la p. 143.

⁹Sauf à se demander si, après avoir entendu les observations des parties, le juge ne pourrait pas prendre l'initiative de requalifier la demande. Sur cette question, voir G. Viney, *Traité de droit civil* [;] *Les obligations* [;] *La responsabilité: conditions* (1982), nos 226 et seq., aux pp. 268 et seq.

Au contraire, dans les systèmes juridiques qui sont favorables à l'option, on envisage toujours une option à la discrétion du seul demandeur, sans l'autoriser au profit du défendeur, de la même façon que c'est au demandeur seul de faire appel, à titre complémentaire de la responsabilité contractuelle, à la responsabilité délictuelle. S'il est vrai que le défendeur n'est pas obligé de suivre le demandeur sur le terrain choisi par celui-ci et peut, dès lors, provoquer une requalification de la demande, il faut bien voir que, dans tous les cas où le demandeur dispose de plusieurs actions, c'est à lui et non pas au défendeur de choisir celle qui fondera la demande en justice. Par conséquent, il est concevable que l'option ne puisse appartenir qu'au demandeur.

Lorsque *le demandeur a fondé son action sur la responsabilité délictuelle* et non pas sur la responsabilité contractuelle du défendeur, celui-ci ne pourrait pas critiquer le choix du demandeur si ce choix a été fait dans le cadre d'une option, à supposer qu'elle soit admise, valablement exercée. Mais, dans les systèmes juridiques qui n'admettent pas l'option, comme le droit français, il est certain que si la demande était mal qualifiée, le défendeur pourrait demander au juge de la requalifier sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Mais il ne s'agit pas d'une option, puisque par hypothèse, le défendeur prétend que seul le régime de la responsabilité contractuelle est applicable au litige.

5.— On comprend mieux, dès lors, ce que peut être l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel. *Il s'agit uniquement de permettre ou, au contraire, d'interdire au demandeur contractuel de se prévaloir de la responsabilité délictuelle en complément ou à la place de la responsabilité contractuelle.* Par conséquent, le problème de l'éventuelle intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine de la responsabilité contractuelle suppose que les conditions de la responsabilité contractuelle soient remplies. En d'autres termes, il faut, d'abord, qu'un contrat ait été conclu entre le demandeur à la réparation et le défendeur. Il faut, ensuite, que le contrat n'ait pas été exécuté ou ait été mal exécuté par le défendeur. Il faut, enfin, que le dommage soit subi par le créancier et provienne de l'inexécution de son obligation contractuelle par le débiteur. Si l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas remplie, il ne saurait être question d'envisager l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel. Il n'y a alors place que pour la responsabilité délictuelle à titre exclusif et non pas en complément ou à la place de la responsabilité contractuelle.

Toutefois, chacune des conditions qui viennent d'être énoncées peuvent faire l'objet de difficultés dans de nombreuses hypothèses. Sans doute, ces difficultés n'ont rien à voir avec la question de l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel, puisque, par

hypothèse, si la responsabilité délictuelle peut intervenir, c'est que la responsabilité contractuelle est exclue. Cependant, elles méritent d'être signalées dans la mesure où elles permettent de mieux saisir le domaine de la responsabilité contractuelle qui, en France, est normalement exclusif de celui de la responsabilité délictuelle. Quant aux systèmes juridiques qui admettent l'intervention de la seconde dans le domaine de la première, ils ne sauraient davantage admettre que là où les conditions de la responsabilité contractuelle ne sont pas remplies il y a place pour l'exercice d'une option en faveur de la responsabilité délictuelle ou de son intervention complémentaire. Ici encore, par contraste avec l'option ou le rôle complémentaire de la responsabilité délictuelle, il n'y a que l'intervention exclusive de la responsabilité contractuelle. Toutefois, le domaine de la responsabilité contractuelle n'est pas toujours le même dans tous les systèmes juridiques.

Partie A

6.— Toute relation entre deux personnes préexistant à la survenance d'un dommage subi par l'une d'elles et dont l'autre peut éventuellement être tenu responsable ne trouve pas obligatoirement sa source dans un contrat, même innomé. En l'absence de contrat, seule la responsabilité délictuelle a vocation à intervenir pour la réparation du dommage, ce qui exclut toute option au profit du demandeur à la réparation, même s'il s'agit de ce que l'on a pu qualifier d'une variété de relations dites paracontractuelles.¹⁰ Il y a plusieurs exemples, dans la jurisprudence française récente, de ce type de relations exclusives de l'existence d'un contrat et ne permettant de retenir qu'une responsabilité délictuelle du débiteur envers le créancier. Ainsi, la responsabilité de l'exploitant d'un buffet de gare envers une personne ayant fait une chute dans l'escalier conduisant aux toilettes est-elle délictuelle à défaut de preuve de l'existence d'un contrat de restauration.¹¹ Ainsi, encore, si le contrat de louage d'ouvrage est dans son essence à titre onéreux, la responsabilité d'un entrepreneur qui a gratuitement établi les plans d'une construction ne peut être que délictuelle.¹² De même est délictuelle l'éventuelle responsabilité d'un mandataire envers la personne avec laquelle il

¹⁰*Ibid.*, nos 192 et seq., aux pp. 226 et seq., et notamment no 193, aux pp. 226-7.

¹¹Voir Cass.Civ.1ère, 22 mars 1977, D.1977.II.R.437, et nos observations. Encore convient-il de remarquer qu'à supposer prouvée l'existence d'un contrat de restauration, l'exploitant du buffet pourrait n'être tenu d'aucune obligation contractuelle de sécurité envers son client, ce qui autoriserait celui-ci à invoquer la responsabilité délictuelle de l'exploitant pour la réparation de dommages résultant d'une chute dans les locaux du buffet, et à condition que le contrat n'ait point exclu la responsabilité de l'exploitant du buffet pour les dommages résultant de tels accidents.

¹²Voir Cass.Civ.3e, 3 octobre 1980, D.1981.I.R.107.

contracte pour le compte et au nom de son mandat,¹³ ainsi que celle du médecin qui, sur l'intervention d'un confrère, a soigné un malade sans avoir obtenu l'accord de celui-ci.¹⁴ Il est vrai que cette jurisprudence n'est pas toujours à l'abri de la critique. Dans la mesure où aucun accord exprès ou tacite ne peut être admis entre les parties à la relation paracontractuelle, la réparation du dommage ne peut relever que de la responsabilité délictuelle. Mais, l'existence d'un accord¹⁵ pourrait autoriser l'intervention de la responsabilité contractuelle pour inexécution d'une obligation créée par un contrat innomé, ce qui, en droit français, serait exclusif du recours à la responsabilité délictuelle, encore qu'il ne soit point aisé de déterminer le contenu et l'étendue de l'obligation assumée par le débiteur en vertu d'un tel contrat, ce qui est pourtant essentiel quant à l'appréciation du régime de la responsabilité contractuelle, puisqu'il n'y a pas un régime unique mais des régimes différents selon que l'obligation est de moyens ou de résultat, sans compter que les obligations de moyens ne sont pas toutes soumises au même régime. Évidemment, dans ces situations le recours à la responsabilité délictuelle a l'avantage de la simplicité et de la clarté, mais il n'est pas certain que la solution soit toujours dictée par la logique. Les anciennes querelles sur le transport bénévole ou gratuit en droit français, à propos duquel la jurisprudence a définitivement opté pour la responsabilité délictuelle en raison du caractère à titre onéreux du contrat de transport, le démontrent suffisamment.¹⁶

7.— Dans certains systèmes juridiques, il est admis que la responsabilité contractuelle a vocation à intervenir non pas seulement lorsqu'un contrat a mis une obligation à la charge du débiteur de la réparation et que celle-ci n'est pas exécutée au profit du créancier, mais encore lorsqu'une personne en dehors de tout contrat est tenue d'une "*obligation spéciale*" envers une autre.¹⁷ Toutefois, lorsqu'est admise

¹³Voir Cass.Com., 9 mars 1977, D.1977.II.R.284.

¹⁴voir Cass.Civ.1ère, 20 février 1979, D.1979.II.R.250, J.C.P.1979.IV.145; ainsi que Nancy, 11 janvier 1977, J.C.P.1978.IV.71, à propos de la responsabilité de l'exploitant d'un terrain de camping envers une personne qui était venue rendre visite à un campeur et qui n'avait pas acquitté de droit d'entrée. Voir aussi Lyon, 10 mars 1976, D.1977.II.R.44 admettant la responsabilité délictuelle d'un transporteur envers le propriétaire d'une marchandise qui avait été endommagée pour avoir été transportée par erreur au lieu de la marchandise d'une autre personne.

¹⁵Ce qui est le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt cité *supra*, note 12.

¹⁶Sur le transport bénévole, voir notamment R. Rodière, *Droit des transports terrestres et aériens*, 2e éd. (1977), nos 693 et seq., aux pp. 797 et seq. En droit libanais, la question de savoir si le transport bénévole est un contrat est controversée, quoique l'unification des responsabilités contractuelle et délictuelle réalisée par l'art. 131, al. 3, du Code libanais des obligations et des contrats, lorsqu'une chose est intervenue sans la réalisation d'un dommage, enlève une grande partie de son intérêt à la querelle.

¹⁷Voir Rodière, *supra*, note 5, à la p. 109, à propos du droit allemand.

l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le champ contractuel, l'extension du domaine contractuel perd de son intérêt, en raison de la concurrence possible entre les deux responsabilités. Mais il n'en demeure pas moins vrai que la responsabilité contractuelle aura vocation à intervenir pour la réparation de dommages qui, dans d'autres systèmes juridiques, comme le droit français, ne pourraient être réparés que par la responsabilité délictuelle.

8.— De la même façon et pour la même raison que dans l'hypothèse de l'absence de relation contractuelle entre le débiteur de la réparation et la victime du dommage, le droit français refuse d'étendre la responsabilité contractuelle pour la réparation des dommages résultant d'un comportement fautif lors de la conclusion d'un contrat,¹⁸ de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation créée par un contrat nul.¹⁹ Dans de telles hypothèses, à défaut d'existence d'un contrat liant valablement les parties au procès en responsabilité, il ne saurait être question de faire appel au régime de la responsabilité contractuelle.

Toutefois, la solution n'est pas unanimement admise dans tous les systèmes juridiques. En effet, certains systèmes juridiques ont consacré la théorie de Thering sur la *culpa in contrahendo* ou s'en inspirent pour soumettre la responsabilité précontractuelle à un régime qui lui est propre et qui n'est pas, en tous points, celui de la responsabilité délictuelle. Le plus souvent, une telle responsabilité précontractuelle autonome s'appuie sur des textes.²⁰ En droit français, l'absence de textes équivalents du Code civil oblige à faire entrer ces hypothèses de responsabilité précontractuelle ou pour un dommage résultant d'un contrat nul dans le cadre délictuel, comme cela est le cas dans d'autres systèmes juridiques.²¹ Au demeurant, la solution n'est pas justifiée par le caractère spécial de la responsabilité contractuelle par rapport à la responsabilité délictuelle qui serait générale. On retrouvera plus loin la soi-disant généralité de la responsabilité délictuelle,²² généralité qui a été évoquée justement pour la faire intervenir dans le domaine de la responsabilité contractuelle, sans compter que cette généralité, à

¹⁸Voir Viney, *supra*, note 9, nos 196 et seq., aux pp. 229 et seq. On consultera aussi Cass.Civ.1ère, 14 novembre 1979, D.1980.I.R.264, et obs. Ghestin.

¹⁹Voir Viney, *supra*, note 9, no 194, à la p. 227.

²⁰Voir Rodière, *supra*, note 5, à propos des droits allemand, grec et italien, encore qu'en droit italien la nature de la responsabilité précontractuelle soit controversée, certains y voyant une hypothèse de responsabilité délictuelle pour faits illicites en dehors des contrats, et d'autres une variété de responsabilité contractuelle. Cela démontre que le simple fait de consacrer une responsabilité précontractuelle dans une disposition légale n'est pas suffisant si le régime n'en est pas prévu par la loi.

²¹Il en est ainsi en Belgique, aux Pays-Bas et en Grande-Bretagne. Voir Rodière, *supra*, note 5.

²²Voir *infra*, no 23.

supposer qu'elle soit admise en droit français et dans d'autres législations, ne fait pas l'unanimité de tous les systèmes juridiques. Ainsi, en droit anglais, il n'y a pas de principe général de responsabilité délictuelle analogue aux articles 1382 et 1383 du Code civil français ou à l'article 1053 du Code civil au Québec. Il n'y a que la possibilité d'agir en réparation dans le cadre d'un *tort* admis par le *common law*. En droit anglais, ce serait plutôt la responsabilité contractuelle pour *breach of contract* qui constituerait un principe général. De même, en droit allemand, dont le Code civil procède plus par énumération que par affirmation de principes à vocation générale, il n'y a pas davantage de principe général de responsabilité délictuelle, en vertu des articles 823 et *seq.* du Code civil relatifs aux actes illicites, qu'il n'y a de principe général de responsabilité contractuelle. Toutefois, par l'extension remarquable du *tort of negligence* notamment, la jurisprudence anglaise est tout près d'énoncer un principe général de responsabilité délictuelle. De même, en Allemagne fédérale, l'article 823 du Code civil peut recevoir une application générale et la jurisprudence, en ce qui concerne la responsabilité contractuelle, a conçu celle-ci d'une façon générale à travers le principe de la "violation positive du contrat".²³

9.— Quoiqu'il en soit, si la responsabilité délictuelle a vocation à intervenir dans tous les cas où il n'y a pas (ou pas encore) ou plus de contrat, c'est parce que l'existence d'un contrat est une condition nécessaire de la responsabilité contractuelle. Cela n'a rien à voir avec la prétendue généralité de la responsabilité délictuelle. Ce n'est pas parce que l'intervention de la responsabilité contractuelle n'est pas possible que la responsabilité délictuelle peut intervenir. C'est tout simplement parce que ses conditions peuvent en être remplies et que parmi ces conditions figure, du moins en droit français, l'exigence d'une absence de relation contractuelle entre le responsable éventuel et la victime du dommage. Chacune des deux responsabilités obéit à des conditions qui lui sont propres et, lorsque les conditions de l'une ne sont pas remplies, celles de l'autre peuvent l'être mais elles doivent l'être pour qu'elle puisse permettre la réparation du dommage. En réalité, la généralité de la responsabilité délictuelle est le fruit d'une illusion en raison de ce qu'elle ne suppose pas une relation préexistante entre le responsable et la victime. Mais, il n'y a pas pour autant généralité. On peut très bien décider que ce qui relève du domaine de l'une ne doit pas relever du domaine de l'autre. La généralité de la responsabilité délictuelle est une pétition de principe pour la faire intervenir dans le domaine de la responsabilité contractuelle. Elle n'est même pas subsidiaire par rapport à celle-ci, en ce sens qu'elle pourrait toujours intervenir dans

²³Voir Rodière, *supra*, note 5, à la p. 110, et les références y citées.

l'hypothèse où la responsabilité contractuelle serait exclue, car non seulement il faut que ses conditions soient vérifiées mais encore et surtout, lorsque les parties au contrat ont exclu la responsabilité contractuelle, notamment en écartant telle obligation à la charge du débiteur, il n'y a pas de place pour la responsabilité délictuelle.

Partie B

10.— En effet, sous réserve des dispositions impératives concernant les obligations des parties, lesquelles peuvent résulter non seulement de la loi mais encore de la jurisprudence,²⁴ il est loisible aux parties au contrat d'inclure ou d'exclure telle obligation à la charge du débiteur ou encore d'en limiter le contenu ou l'étendue ou, au contraire, de l'aggraver et cela, soit expressément soit tacitement. Lorsque l'accord à cette fin n'est que tacite, il est, certes, délicat de déterminer précisément ce que les parties ont voulu en fonction de ce qui leur était permis de faire. Mais, c'est par interprétation des volontés des parties et à la lumière de l'économie du contrat, laquelle peut être appréciée non seulement subjectivement, c'est-à-dire par référence à la volonté probable des parties, mais encore objectivement, c'est-à-dire sans qu'il soit besoin de se référer à cette volonté,²⁵ que le juge déterminera l'existence des obligations contractuelles ainsi que leur contenu et leur étendue. En d'autres termes, il s'agit de savoir si telle obligation qui pouvait être mise à la charge du débiteur par le contrat a été effectivement mise à sa charge. Est-elle ou non entrée dans le champ contractuel?

11.— Si, aussi bien en fonction de l'interprétation de la volonté probable et commune des parties qu'en fonction des dispositions impératives de la loi et de la jurisprudence quant au contenu du contrat, la réponse est affirmative, il n'y a pas, dans un système qui refuse l'option du créancier contractuel entre les deux responsabilités, de place pour l'intervention de la responsabilité délictuelle. Tout dommage subi par le créancier et qui provient de l'inexécution ou de la mauvaise exécution par le débiteur d'une obligation à laquelle on doit reconnaître le caractère contractuel ne peut relever, quant à sa réparation, que de la responsabilité contractuelle. L'obligation très générale et imprécise de ne pas nuire à autrui, qui justifie la responsabilité délictuelle, est absorbée par le contrat en raison du contenu imposé ou voulu de celui-ci. Plusieurs décisions récentes de la jurisprudence française témoignent

²⁴On se rappellera par exemple en droit français de l'obligation du transporteur de personnes quant à la sécurité du passager et de l'obligation impérative et de résultat imposée au vendeur professionnel quant à la garantie des vices cachés de la chose vendue, ainsi que de l'obligation, elle aussi impérative de renseignement ou de conseil mise à la charge notamment des vendeurs professionnels.

²⁵Voir art. 1135 C.civ.

d'une telle absorption contractuelle d'un devoir dont la violation n'aurait donné lieu qu'à une responsabilité délictuelle si le dommage avait été subi par un tiers au contrat ou avait été causé par une personne autre que le débiteur contractuel. Ainsi, il a été admis par la Cour de cassation que la responsabilité du vendeur à raison de l'inexécution de son obligation de conseil, inexécution préjudiciable à l'acheteur, est contractuelle et non pas délictuelle.²⁶ Dans la mesure où le créancier en vertu du contrat n'a pas, en droit français, le droit de choisir entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle, seule la seconde peut être envisagée. Si, toujours à propos de la méconnaissance par le vendeur professionnel de son obligation de conseil, qui est la cause du préjudice subi par l'acheteur, l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Wabasso*,²⁷ admet une action délictuelle au profit de l'acheteur, ce n'est pas tant parce que l'obligation de conseil n'a pas été absorbée par le contrat mais parce qu'il considère que la responsabilité délictuelle peut intervenir dans le domaine contractuel. Dès lors, il ne sert à rien d'étendre le contenu du contrat, sauf bien sûr que, dans d'autres hypothèses, la responsabilité contractuelle pourrait être plus avantageuse pour le créancier, ce dont il résulte qu'il se gardera alors d'opter pour la responsabilité délictuelle.

Ainsi encore, une obligation de sécurité qui n'est que de moyens a été admise à la charge d'une laverie automatique au profit de ses clients,²⁸ l'intérêt de l'absorption de l'obligation par le contrat étant évidemment d'exclure la responsabilité délictuelle objective du fait des choses, qui est admise en droit français.²⁹

12.— Lorsqu'il n'est pas possible de considérer qu'il y a absorption par le contrat d'une obligation, non seulement parce qu'une disposition impérative de la loi ou de la jurisprudence ne le prévoit pas, mais encore parce que ce serait forcer les volontés des parties que d'admettre cette absorption, il ne s'ensuit pas nécessairement que la responsabilité délictuelle pourra intervenir dans les rapports entre contractants pour la réparation d'un dommage subi par l'un et causé par l'autre. Sans doute, dans une telle hypothèse, s'il doit y avoir responsabilité, celle-ci ne peut être que délictuelle puisqu'il n'y a pas violation d'une obligation intégrée au contrat. Mais, il n'est pas certain qu'il puisse y avoir responsabilité.

²⁶Voir Cass.Com., 25 juin 1980, Bull.civ., IV, no 276, p. 223, et obs. Durry *in* (1981) 80 Rev.trim.dr.civ. 157.

²⁷Voir *supra*, note 7.

²⁸Voir Cass.Civ.1ère, 16 novembre 1976, Bull.civ., I, no 350, p. 277, et obs. Durry *in* (1977) 75 Rev.trim.dr.civ. 323.

²⁹Sur l'extension du domaine de la responsabilité contractuelle en raison de la multiplication des obligations contractuelles, voir Viney, *supra*, note 9, nos 185 *et seq.*, aux pp. 215 *et seq.*

En effet, de la même façon que les parties peuvent inclure des obligations au contrat, elles peuvent aussi, sous réserve de l'ordre public, en exclure. Dans le cas où il résulterait de l'acte de volonté qu'il y a exclusion de telle ou telle obligation que le débiteur n'entend point assumer, en accord avec le créancier, il n'y a pas davantage de place pour la responsabilité délictuelle qu'il n'y en a pour la responsabilité contractuelle.³⁰ Ce serait forcer là encore les volontés des parties que de retenir la responsabilité délictuelle du débiteur, alors que, d'accord avec le créancier, en refusant d'assumer telle obligation, il a entendu exclure sa responsabilité dans le cas où le créancier subirait un dommage. Il convient de remarquer qu'il ne s'agit pas là d'une clause élisive de responsabilité. La responsabilité n'est pas exclue directement dans l'hypothèse où le débiteur n'exécute pas son obligation, mais indirectement tout simplement parce qu'il n'y a pas d'obligation.

13.— Cependant, le silence adopté par les parties au contrat ne saurait équivaloir à leur refus de faire peser sur le débiteur une obligation qui aurait pu entrer dans le champ contractuel et qui exclura aussi la responsabilité délictuelle, laquelle n'est pas d'ordre public.³¹ En réalité, ici comme ailleurs, le silence doit être interprété. Il le sera non seulement en fonction des volontés des parties mais encore et surtout en fonction de l'économie objective du contrat. En effet, le silence ne peut valoir exclusion d'une obligation que s'il est circonstancié. Dans tous les cas où les circonstances ne militent pas en faveur de l'exclusion de l'obligation, il y a place pour la responsabilité délictuelle entre contractants, parce que celle-ci intervient alors dans le cadre de la méconnaissance par le débiteur d'un devoir indépendant du contrat. S'agissant de la responsabilité fondée sur la faute, on est en présence de ce que la jurisprudence française qualifie de *faute extérieure au contrat*. Il n'est pas facile de cerner avec précision la faute extérieure au contrat ou, plus généralement, car le problème ne concerne pas seulement la responsabilité subjective, la notion d'obligation indépendante du contrat. Toutefois, il y a des indices de solution. Ainsi, si une obligation n'a de sens qu'entre contractants (par exemple, une obligation de conseil ou de renseignements), on doit admettre que, lorsqu'elle est exclue du contrat, sa méconnaissance éventuelle par un contractant, préjudiciable pour l'autre, ne peut donner lieu à aucune responsabilité tant délictuelle que contractuelle. Par contre, lorsqu'un dommage peut être causé par un contractant à un autre, comme il pourrait être causé à un tiers, et que ce dommage ne peut pas provenir de la méconnaissance d'une obligation contractuelle, parce qu'il ne serait pas conforme à l'économie du contrat d'y inclure une telle obligation, il ne doit pas y avoir d'obstacle à

³⁰Voir Mazeaud et Tunc, *supra*, note 1, no 177, aux pp. 231-2.

³¹Voir *infra*, nos 21-2.

l'intervention de la responsabilité délictuelle entre contractants. L'existence d'un contrat entre deux personnes ne saurait avoir pour effet d'étendre démesurément le domaine de la responsabilité contractuelle pour tous les dommages causés par un cocontractant à un autre. Mais, ici encore, il n'y a pas de place pour une éventuelle option entre les deux responsabilités. Seule la responsabilité délictuelle a vocation à intervenir.

14.— Ainsi, si le client d'une infirmière ou d'un médecin fait une chute dans le cabinet médical sur un tapis, l'éventuelle responsabilité de l'infirmière ou du médecin ne peut être que délictuelle, car l'usage ou la présence du tapis est sans lien avec l'exécution du contrat de soins ou le contrat médical.³² De la même façon, il serait absurde de mettre à la charge de l'exploitant d'un magasin une obligation contractuelle de sécurité. Celle-ci n'a rien à voir, du moins lorsqu'il ne s'agit pas de dommage causé par la chose vendue, avec l'économie du contrat de vente ou de prestations de services. La responsabilité de l'exploitant ne peut être que délictuelle.³³ Toutefois, dans d'autres situations, c'est à tort que la jurisprudence française a refusé de mettre une obligation contractuelle de sécurité à la charge d'un contractant. Ainsi, encore que l'assujettissement à la sécurité sociale et la réparation par elle des accidents du travail enlève une grande partie de son intérêt à la question, bien qu'il ne soit point nul,³⁴ il n'est pas conforme à l'économie du contrat de travail de considérer que l'employeur n'est tenu d'aucune obligation contractuelle de sécurité envers son employé, ce dont il résulte que la responsabilité éventuelle du premier envers le second ne peut être que délictuelle.³⁵ C'est aussi à tort que la Cour de cassation a admis que la responsabilité d'un constructeur envers le maître de l'ouvrage était délictuelle pour la réparation du dommage subi par le second et résultant de l'effondrement de bâtiments attenants à

³²Voir Cass.Civ.1ère, 28 avril 1981, J.C.P.1981.IV.251.

³³Voir Cass.Civ.2e, 24 mai 1978, J.C.P.1979.II.19237, et note Dejean de la Batie. Une solution contraire a été admise en ce qui concerne l'exploitant d'une laverie automatique, l'obligation de sécurité ayant été absorbée par le contrat, ce qui n'est pas à l'abri de toute contestation. Voir les arrêts cités, *supra*, notes 12 et 28. Mais, s'agissant de chutes dans des locaux recevant le public, tels que les magasins, les gares *etc.*, le moins qu'on puisse dire est que la jurisprudence française est confuse, certains arrêts intégrant l'obligation de sécurité au contrat et d'autres statuant sur le terrain de la responsabilité délictuelle, ce qui est plus logique. Voir nos observations sous Cass.Civ.1ère, 22 mars 1977, D.1977.II.R.437, ainsi que sous Trib.gr.inst.Laon, 29 novembre 1977, D.1978.II.R.208. Voir aussi sous Aix-en-Provence, 25 mai 1977, et Bordeaux, 4 janvier 1978, D.1979.II.R.61. De plus, voir Viney, *supra*, note 9, no 239, aux pp. 284-6.

³⁴Voir par exemple, Cass.soc., 25 novembre 1981, J.C.P.1982.IV.63.

³⁵*Ibid.*, ainsi que Mazeaud et Tunc, *supra*, note 1, no 176, à la p. 231.

l'ouvrage.³⁶ La Cour de cassation s'est fondée pour cela sur la méconnaissance des règles de l'art par le constructeur, laquelle ne serait pas une violation de ses obligations contractuelles. Mais les règles de l'art sont intégrées au contrat de louage d'ouvrage et leur non-respect constitue une violation de ses obligations par le constructeur.³⁷ Il est aussi contestable de dire que la responsabilité d'un médecin est délictuelle envers le malade auquel il a remis un médicament détérioré.³⁸ En effet, il est conforme à l'économie du contrat médical d'y intégrer l'obligation de remettre au malade un produit non avarié lorsque le médecin, même s'il le fait bénévolement, remet lui-même un médicament à son client.

Partie C

15.— Lorsque le dommage résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle est subi par un tiers au contrat, qu'il s'agisse d'un dommage principal ou d'un dommage par ricochet, la responsabilité du débiteur contractuel doit normalement être délictuelle.³⁹ Pour la même

³⁶Voir Cass.Civ.1ère, 2 novembre 1978, D.1979.II.R.343, et nos observations à ce sujet.

³⁷Par contre, la responsabilité du bailleur, occupant d'une maison, envers le preneur, occupant de la maison voisine, ne peut être que délictuelle pour le dommage subi par le second en raison de la chute d'un bloc de neige provenant de la maison du premier, l'économie du bail ne permettant pas de mettre à la charge du bailleur l'obligation contractuelle d'éviter ce type de dommage. Ainsi, voir Cass.Civ.3e, 19 novembre 1975, J.C.P.1977.II.18544, note Mourgeon.

³⁸Voir Cass.Civ.2e, 30 juin 1976, J.C.P.1979.II.19038.

³⁹Voir Viney, *supra*, note 9, nos 209 *et seq.*, aux pp. 248 *et seq.* En ce qui concerne les applications récentes en jurisprudence, voir Cass.Civ.3e, 31 janvier 1978, J.C.P.1978.IV.111, ainsi que Cass.Civ.3e, 10 décembre 1980, J.C.P.1981.IV.80, à propos de la responsabilité de constructeurs et d'architectes envers un locataire. Voir aussi Cass.Com., 26 juin 1978, J.C.P.1978.IV.279, et Cass.Civ.3e, 6 mai 1981, J.C.P.1981.IV.258, à propos de la responsabilité délictuelle du fournisseur de matériaux envers le maître de l'ouvrage en l'absence de lien de droit entre ceux-ci. Voir également Cass.Civ.3e, 11 juin 1976, Bull.civ., III, no 260, p. 200, et obs. Durry *in* (1977) 75 Rev.trim.dr.civ. 136; Cass.Civ.3e, 5 janvier 1978, J.C.P.1978.IV.78; Cass.Com., 17 février 1981, J.C.P.1981.IV.157, à propos de la responsabilité d'un sous-traitant de l'entrepreneur principal envers le maître de l'ouvrage; Cass.Civ.2e, 8 juin 1979, D.1980.I.R.33, et nos observations à propos de la responsabilité de l'installateur de la chose vendue, lequel n'avait pas contracté avec l'acheteur; Cass.Civ.1ère, 21 novembre 1978, D.1979.II.R.117, et note Savatier sous J.C.P.1979.II.19033, à propos de la responsabilité d'un médecin envers les proches parents de la patiente décédée, victimes par ricochet; Cass.Com., 12 juin 1978, J.C.P.1978.IV.256, au sujet de la responsabilité quasi-délictuelle d'un gérant de société envers un tiers. Voir également Bordeaux, 21 janvier 1980, J.C.P.1980.IV.232, en ce qui concerne la responsabilité d'une association à qui les parents d'une enfant avaient confié la garde, envers les membres de la famille de l'enfant, autres que les parents qui avaient seuls contracté avec l'association. Voir aussi Amiens, 2 novembre 1976, J.C.P.1979.II.19069, et note Galle, sur la responsabilité d'un notaire

raison, qui tient à l'inexistence d'une obligation contractuelle dans les rapports entre responsable et victime, la rigueur des principes doit faire admettre que le tiers, qui est complice ou même seul coupable de l'inexécution d'une obligation contractuelle qu'il n'assume pas lui-même mais qu'il doit respecter en raison du principe de l'opposabilité du contrat aux tiers, ne peut être que délictuelle.⁴⁰

Toutefois, une doctrine récente en France critique de plus en plus l'intervention des règles de la responsabilité délictuelle au profit des tiers au contrat ainsi que l'application du régime délictuel à l'encontre de certains tiers qui se rendent coupables de l'inexécution de ses obligations par une partie au contrat.⁴¹ Ces critiques concernent aussi bien la réparation d'un dommage principal que celle d'un dommage par ricochet. S'agissant d'un dommage par ricochet, lequel n'est possible que parce qu'il y a un dommage principal, il est certain qu'il n'est ni logique ni équitable que la réparation du dommage par ricochet ne soit pas assurée dans les mêmes conditions que celle du dommage principal, sans compter que, souvent, le premier pourra être mieux réparé que le second. Ainsi, en droit français, la victime par ricochet pourrait invoquer la responsabilité objective du fait des choses alors que la victime principale ne serait créancière que d'une obligation de moyens. En ce qui concerne les dommages principaux, ceux-ci peuvent être subis tant par des tiers que par des contractants. Ainsi, le défaut de fabrication d'une chose peut être source de dommages tant pour les tiers (par exemple, le piéton écrasé par une automobile défectueuse) que pour celui qui l'a achetée, qu'il soit l'acquéreur initial ou un sous-acquéreur. Or, l'acquéreur et, dans certains systèmes juridiques, le sous-acquéreur⁴² sont créanciers d'une obligation de résultat qui pèse sur le fabricant, alors que le tiers ne peut normalement se prévaloir que de la responsabilité délictuelle pour faute du fabricant. La différence de

envers un créancier du vendeur, lequel créancier n'était pas titulaire d'un droit de créance envers le notaire.

⁴⁰Voir Viney, *supra*, note 9, nos 202 et seq., aux pp. 236 et seq. Voir également Cass.Com., 30 octobre 1979, D.1980.I.R.109, et Cass.Com., 20 février 1979, D.1979.II.R.317, à propos de la violation d'une obligation de non-concurrence, où le tribunal dans chaque instance n'estime pas nécessaire de qualifier la responsabilité. Mais voir Cass.Com., 7 novembre 1978, D.1979.II.R.69, ainsi que Cass.Com., 13 mars 1979; D.1980.II.R.1, et note Serra, qui affirment le principe que la responsabilité du tiers est délictuelle.

⁴¹Sur la synthèse de ces critiques, voir Viney, *supra*, note 9, et les auteurs y cités. En droit comparé, voir A. Tunc, *La responsabilité civile* (1981), nos 32 et seq.

⁴²En droit français, le sous-acquéreur dispose d'une action directe contractuelle contre le fabricant. Ainsi, voir Cass.Civ.1ère, 9 octobre 1979, D.1980.I.R.222. Le même principe est maintenant reconnu en droit québécois depuis la décision récente de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *General Motors Products of Canada Ltd v. Kravitz* [1979] 1 R.C.S. 790.

traitement n'est pas légitime. De même, lorsqu'un contractant sous-traite avec un tiers pour mettre à la charge de celui-ci une obligation dont il est débiteur en vertu du contrat principal, le lien économique entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance plaide en faveur d'un lien d'ordre juridique entre les deux contrats, permettant au créancier en vertu du contrat principal de mettre en jeu la responsabilité contractuelle du sous-traitant. Ainsi encore, un membre de la famille du créancier contractuel par exemple peut subir un dommage en raison d'une chose défectueuse qui ne devait pas être utilisée seulement par le créancier.

16.— Il est certain que les solutions souvent admises sont critiquables dans les situations envisagées. Mais, il est essentiel de reconnaître que la critique ne saurait avoir pour effet de remettre en cause l'éventuel principe de la non-intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel. Bien sûr, lorsqu'on autorise un contractant à invoquer la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel et si celle-ci est effectivement invoquée, la réparation du dommage sera assurée de la même façon envers un créancier contractuel et envers un tiers. Mais, l'intervention n'est possible qu'en vertu d'une option que le créancier contractuel est libre d'exercer ou non. S'il n'opte pas en faveur de la responsabilité délictuelle, la dualité des solutions ne pourra qu'être constatée. Le plus souvent, ce que l'on critique, c'est l'impossibilité pour un tiers de se prévaloir du régime de la responsabilité contractuelle. Or, on sait que l'option ne peut intervenir qu'au profit du créancier contractuel et en faveur de la responsabilité délictuelle. Il n'y a pas d'option au profit des tiers en faveur de la responsabilité contractuelle.

En réalité, la critique ne saurait concerner le principe de la non-intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel. Elle est beaucoup plus générale et a essentiellement pour objet de remettre en cause non pas la dualité des responsabilités dans leur essence mais uniquement dans leurs régimes, c'est-à-dire que dans toute la mesure du possible, il convient d'unifier ces régimes pour faire disparaître, dans l'intérêt des tiers et des contractants des solutions qui, selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre responsabilité, ne sont pas les mêmes.

Indépendamment de l'unification souhaitable des régimes des deux responsabilités, l'extension de la responsabilité contractuelle au profit de certains tiers a permis un nivellement de leur situation sur celle des contractants. Plusieurs procédés ont pu être utilisés. Tous ne sont pas valables. La stipulation pour autrui tacite est artificielle. L'action directe et notamment celle qui est reconnue au sous-acquéreur contre le fabricant est beaucoup plus justifiée. Le droit allemand recourt à la théorie du *contrat avec un effet protecteur au profit d'un tiers*, dont

l'effet est proche de la stipulation pour autrui, ce qui permet à certains membres de la famille du créancier contractuel non pas d'exiger l'accomplissement de la prestation de la part du débiteur mais de se prévaloir de sa responsabilité contractuelle dans le cas où il ne l'aurait point exécutée.⁴³

Mais ces procédés n'ont qu'un domaine d'application limité. Il convient donc d'unifier les régimes des deux responsabilités. Cela a été parfois fait.⁴⁴ En droit libanais, l'extension de la responsabilité objective du fait des choses inanimées aux rapports entre contractants va dans le même sens, surtout si on considère que le texte qui la prévoit n'a rien à voir avec une option entre les deux responsabilités.^{44a} Dans certains systèmes juridiques, des projets prévoient une unification de la responsabilité des fabricants dont le régime juridique serait en principe le même en matière contractuelle et en matière délictuelle.⁴⁵ C'est ainsi encore qu'en France notamment on a proposé de construire certaines obligations professionnelles dont la sanction serait, lorsqu'elles ont été méconnues, la même envers un contractant ou un tiers.⁴⁶

Il est certain que, dans la mesure de l'unification possible des deux régimes de responsabilité, aussi bien quant au fond que quant à la procédure et notamment à la compétence, l'éventuelle intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel ne présenterait plus d'intérêt. Cependant, on n'en est pas encore là et, de toutes façons, l'unification ne pourrait pas être généralisée. Elle n'est possible que dans certaines situations. Dès lors, la question de l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le champ contractuel restera posée, même si son domaine est plus limité.

⁴³Voir Rodière, *supra*, note 5, aux pp. 120-1.

⁴⁴Ainsi, en ce qui concerne le transport de personnes et notamment le transport aérien international, la situation des tiers et en particulier celle des victimes par ricochet, est identique à celle du passager. Ainsi, voir l'article 24 de la *Convention de Varsovie*, 12 octobre 1929, 137 L.N.T.S. 12, et notamment la rédaction du texte tel que modifié par le *Protocole de Guatemala*, 8 mars 1971, ICAO Doc. 8932/2, et le *Protocole de Montréal no 4*, 25 septembre 1975, ICAO Doc. 9148. Pour une application récente en France, voir Cass.Civ.1ère, 2 juillet 1981, J.C.P.1981.IV.343.

^{44a}Voir *infra*, no 18.

⁴⁵Voir la *Convention européenne sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésions corporelles ou de décès*, 27 janvier 1977, 91 Conseil de l'Europe — Strasbourg 1. Voir également Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec* (1977), vol. I: *Projet de Code civil*, Livre cinquième: *Des Obligations*, art. 102, à la p. 349, relatif à la responsabilité des fabricants. Le dernier texte met à la charge des fabricants, en matière délictuelle, une obligation légale dont le contenu est le même que celui de la garantie contractuelle.

⁴⁶Voir P. Serlooten, "Vers une responsabilité professionnelle?" in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud* (1981); voir aussi Viney, *supra*, note 9, nos 243 et seq., aux pp. 291 et seq.

II. La solution du problème

17.— Dès lors que l'on a éliminé les éléments qui ne concernent pas le débat et que l'on a enfermé celui-ci dans les limites qui sont les siennes, la question posée est très précise: *le créancier contractuel qui, en tant que tel, est en mesure de rechercher la responsabilité contractuelle de son débiteur peut-il invoquer la responsabilité délictuelle de celui-ci, soit en complément de la première, soit en vertu d'une option qui l'autoriserait à écarter la responsabilité contractuelle?*

Ainsi que cela a déjà été signalé, la position de principe du droit français est parfaitement nette: le créancier contractuel ne peut se prévaloir de la responsabilité délictuelle dans les limites du domaine de la responsabilité contractuelle de son débiteur. L'originalité du droit français est ainsi affirmée non seulement par rapport aux systèmes de *common law*, mais encore et surtout par rapport à plusieurs systèmes de droit civil dans lesquels la jurisprudence est soit hésitante soit favorable à une intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine de la responsabilité contractuelle, sans que pour autant, dans le second cas, le principe d'intervention soit toujours clairement affirmé et cela sans compter que, dans de nombreuses situations, il est admis que la responsabilité contractuelle doit écarter la responsabilité délictuelle. En réalité, mis à part l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Wabasso Ltd v. The National Drying Machinery Co.*,⁴⁷ qui paraît bien opter franchement pour le principe de l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le champ contractuel, même si ce principe comporte des limites en vertu de la *ratio decidendi* de l'arrêt, les jurisprudences de la plupart des autres pays sont vagues et incertaines.⁴⁸ Cependant, il est essentiel de remarquer qu'il n'y a pas toujours une hostilité de principe à l'encontre de l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel, alors que le contraire est affirmé en France.

18.— Il convient aussi de remarquer que dans les pays de tradition civiliste autres que la France, la loi n'affirme pas le principe de l'intervention. De même en France, il n'y a, ni dans le Code civil ni dans une loi non intégrée au Code, de disposition prohibant l'intervention. Le seul code, à notre connaissance qui pourrait envisager expressément une intervention des règles de la responsabilité délictuelle dans le

⁴⁷Voir *supra*, note 7.

⁴⁸Sur le droit comparé, voir notamment l'ouvrage de Rodière, *supra*, note 5, ainsi que Czachorski, "Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et délictuelle" in *Rapports généraux au VI^e Congrès international de droit comparé* (1962). Voir aussi les différents rapports nationaux à ce VI^e congrès. On consultera aussi Haanappel, *La relation entre les responsabilités civiles contractuelle et délictuelle: l'arrêt Wabasso en droit québécois et en droit comparé* [1982] *Rev.int.dr.comp.* 103.

domaine contractuel est le Code libanais des obligations et des contrats, lequel est pourtant nettement d'inspiration française, ce qui peut paraître tout à fait paradoxal, encore que les querelles doctrinales en France sur l'intervention ou la non-intervention puissent permettre de penser que les auteurs favorables à l'intervention aient pu faire triompher leurs opinions dans les dispositions du Code libanais, dans la rédaction duquel la part prise par Josserand a souvent été prépondérante (mais Josserand, contrairement à d'autres, n'était pas un partisan acharné de l'intervention). En effet, l'article 131 du Code libanais, après avoir énoncé un principe général de responsabilité objective du fait des choses pesant sur le gardien de la chose, précise que "la préexistence d'un rapport contractuel entre le gardien et la victime ne fait pas obstacle au fonctionnement de la responsabilité du fait des choses sauf disposition contraire dans la loi."⁴⁹ On pourrait interpréter ce texte comme admettant au profit d'un créancier contractuel, lorsqu'il a subi un dommage causé par une chose soumise à la garde de son débiteur (par exemple: contrat de transport, contrat de bail à condition que le preneur ne soit pas gardien de la chose louée), le droit d'opter pour la responsabilité délictuelle ou de l'invoquer à titre complémentaire.

En ce cas, le Code libanais serait le seul Code à admettre explicitement l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel. Mais, conformément à la logique de l'option, il faudrait permettre au créancier contractuel de ne point l'exercer et de se prévaloir de la seule responsabilité contractuelle de son débiteur. De toutes façons, à supposer que ce texte consacre effectivement une option, celle-ci serait limitée aux hypothèses prévues par le législateur, c'est-à-dire uniquement en faveur des régimes de responsabilité du fait des animaux, du fait des choses et du fait de la ruine des bâtiments. Dans tous les autres cas, et notamment en ce qui concerne les responsabilités délictuelles du fait personnel et du fait d'autrui, l'option ne paraît pas possible. En effet, si le législateur avait envisagé l'option entre les deux régimes de responsabilité d'une façon générale, le principe en aurait été affirmé dans un texte recouvrant l'ensemble des responsabilités délictuelles prévues par le Code. Au contraire, il n'a admis l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel qu'en ce qui concerne trois régimes de responsabilité, ce qui autorise à exclure cette intervention dans les hypothèses non envisagées par la loi.

⁴⁹On retrouve la même idée dans l'article 129 relatif à la responsabilité objective du gardien d'un animal pour la réparation des dommages causés par l'animal, et dans l'article 133 relatif à la responsabilité du propriétaire d'un bâtiment pour la réparation des dommages résultant de sa ruine.

Dès lors, on peut se demander si l'intervention de certaines responsabilités délictuelles seulement dans le domaine contractuel en droit libanais est la manifestation d'une option au profit du demandeur à la réparation ou encore celle d'un rôle complémentaire de la responsabilité délictuelle. Cette intervention paraît beaucoup plus justifiée par l'unification des régimes de responsabilités contractuelle et délictuelle lorsqu'une chose est à l'origine du dommage subi par le créancier en vertu du contrat, chose dont le débiteur contractuel est le gardien. En réalité, il n'y aurait aucune option ni aucune intervention complémentaire de la responsabilité délictuelle. Lorsque les conditions de la responsabilité du fait des choses de l'article 131 du Code libanais sont remplies, la réparation du dommage subi par le créancier contractuel sera assurée exclusivement par le régime prévu par l'article 131, sans qu'il y ait lieu de se poser la question de savoir si le créancier dispose d'une option. Il n'y a pas d'option. Il y a simplement extension d'un régime délictuel au régime contractuel, ce qui réalise une unification des deux responsabilités dans l'intérêt de la victime du dommage causé par une chose, qu'elle soit ou non créancière en vertu d'un contrat. En d'autres termes, le Code libanais aurait consacré très tôt ce qui est préconisé, à l'heure actuelle, notamment pour la responsabilité des fabricants à raison des dommages résultant des vices de leurs produits, encore que, pour les fabricants, la responsabilité ne soit point fondée sur la notion de garde.

19.— Ainsi s'écroule une pièce de l'édifice que l'on construirait pour légitimer l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel à titre d'option ou de complément, c'est-à-dire sans interdire en même temps le recours du demandeur au régime propre de la responsabilité contractuelle. Il est vrai qu'il reste d'autres pièces qui peuvent militer en faveur du principe d'intervention. Mais, elles ne tiennent pas et tombent sous le coup de la réfutation. C'est au contraire, le principe inverse de la non-intervention qui paraît justifié, ce qui permet d'approuver la jurisprudence française. Il convient donc de voir pourquoi le principe de non-intervention est préférable. Toutefois, la jurisprudence française n'est pas toujours logique avec elle-même, dans la mesure où, tout en affirmant le principe de non-intervention, elle y déroge quelquefois, sans toujours avoir conscience d'y déroger.

Partie A

20.— Depuis longtemps déjà, de nombreux arrêts de la Cour de cassation affirment, en France, qu'il n'y a pas de place pour la responsabilité délictuelle d'un contractant envers un autre, s'agissant de la réparation d'un dommage subi par le créancier et résultant de

l'inexécution ou de la mauvaise exécution par le débiteur d'une obligation mise à sa charge par le contrat.⁵⁰

La querelle doctrinale entre les partisans du cumul des deux responsabilités et les partisans du non-cumul a quelque peu vieilli et, dans la doctrine la plus récente, il n'y a plus guère de véritables partisans du principe d'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel, ce qui n'empêche évidemment pas, mais ceci est une toute autre chose, les auteurs contemporains de condamner la dualité des régimes des deux responsabilités.⁵¹

21.— Deux arguments en faveur de l'intervention ont beaucoup vieilli et, de toutes façons, n'ont plus de valeur en raison de la force de la réfutation qui leur a été opposée.

Le premier a trait au caractère d'*ordre public* de la responsabilité délictuelle, caractère dont il résulterait qu'elle ne pourrait jamais être écartée entre contractants. Planiol était le champion de cette opinion.⁵² Elle a été réfutée sans peine, notamment par Rodière et M. Cornu.⁵³ En particulier, on a fait valoir d'une part, que l'ordre public ne s'opposait pas à l'éviction de la responsabilité délictuelle par la responsabilité contractuelle, car "on ne saurait faire abstraction du contrat pour apprécier [les] rapports [entre le responsable et la victime] à la lueur des principes qui ont été écrits pour des individus étrangers l'un à l'autre."⁵⁴ En d'autres termes, il n'est pas contraire à l'ordre public que le contrat absorbe l'obligation de ne pas nuire à autrui pour en faire une obligation contractuelle au contenu plus précis. D'autre part, il existe un ordre public contractuel, lequel peut interdire, dans certaines situations, une exonération ou une limitation conventionnelle de responsabilité. Dès lors, la responsabilité ne peut être éludée et point n'est besoin de faire appel à la responsabilité délictuelle pour prendre le relais de la responsabilité contractuelle qui serait exclue. En réalité, il y a des situations dans lesquelles la responsabilité contractuelle ne peut pas être exclue.⁵⁵ Ainsi, certains contrats, en vertu des dispositions impératives

⁵⁰Voir les arrêts cités par Mazeaud et Tunc, *supra*, note 1, no 190, aux pp. 243 et seq.; Cornu, *supra*, note 2, aux pp. 244 et seq.; Viney, *supra*, note 9, nos 220-1, aux pp. 262-5; Rodière, *supra*, note 5, no 5. Voir aussi, dans la jurisprudence récente, Cass. Civ.3e, 31 janvier 1978, J.C.P.1978.IV.111; Cass.Civ.1ère, 6 janvier 1981, J.C.P.1981.IV.100 où le tribunal casse une décision d'une cour d'appel qui avait expressément admise la possibilité pour un créancier contractuel de se prévaloir des règles de la responsabilité délictuelle pour la réparation d'un dommage résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle.

⁵¹Voir *supra*, nos 15 et 16.

⁵²Voir note Planiol in D.1907.I.R.97.

⁵³Voir Rodière, *supra*, note 2, no 7; Cornu, *supra*, note 1, aux pp. 249-50.

⁵⁴Voir Rodière, *supra*, note 2, no 7.

⁵⁵Voir Cornu, *supra*, note 1, aux pp. 249, 250 et 252.

de la loi ou dégagées par la jurisprudence, mettent à la charge du débiteur une obligation dont non seulement le contenu et l'étendue ne dépendent pas des volontés des parties, mais encore dont l'inexécution oblige le débiteur à la réparation intégrale en dépit d'une clause élisive ou limitative de responsabilité, qui sera réputée non-écrite. Ainsi encore, la réparation du dommage résultant d'une faute d'une gravité particulière, faute dolosive ou faute lourde, ne saurait être éludée. Mais, il n'en est pas ainsi parce que l'ordre public exige, en ce cas, l'intervention de la responsabilité délictuelle au lieu de la responsabilité contractuelle. La gravité de la faute ne saurait permettre de changer la nature de la responsabilité du débiteur, dans la mesure où il s'agit toujours de l'inexécution d'une obligation contractuelle. La responsabilité reste contractuelle mais elle est inéluctable et ne peut être limitée. La jurisprudence française, après avoir admis le contraire, s'est rangée à cette idée.⁵⁶ La solution doit être la même dans le cas où l'inexécution du contrat constitue une infraction pénale et pour la même raison, en dépit d'une jurisprudence contraire qui est injustifiable.⁵⁷ Au demeurant, si l'ordre public devait autoriser l'immixtion de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel en présence d'une faute grave ou pénale du débiteur, il ne devrait pas normalement y avoir de place pour une option. La responsabilité délictuelle devrait toujours exclure la responsabilité contractuelle dans ces hypothèses, ce que n'admettent pas les partisans de l'option dont la position ne tient plus. On ne peut à la fois faire appel à l'ordre public pour écarter la responsabilité contractuelle et la maintenir dans le cas où le demandeur n'aurait pas opté pour la responsabilité délictuelle.

22.— On ajoutera que, même dans le domaine qui est le sien, la responsabilité délictuelle pourrait bien ne pas être d'ordre public, dans la mesure où l'on admettrait la validité des clauses élisives ou limitatives de responsabilité en matière délictuelle. Certes, certaines législations ne l'admettent pas alors que d'autres l'admettent.⁵⁸ Cela prouve que le

⁵⁶Voir notamment, Cass.Civ.1ère, 30 mai 1978, D.1978.II.R.441, J.C.P. 1978. IV.238; Cass.Civ.3e, 9 mai 1979, D.1980.I.R.414, et note Espagnon. Voir aussi Cornu, *supra*, note 1, aux pp. 250 et seq.; Viney, *supra*, note 9, no 222, aux pp. 265-6; Mazeaud et Tunc, *supra*, note 1, nos 203 et seq., aux pp. 254 et seq.; Rodière, *supra*, note 2, no 11.

⁵⁷Voir Muller, *L'inexécution pénalement répréhensible du contrat* (thèse Paris, 1977). Voir aussi Mazeaud et Tunc, *supra*, note 1, no 202, aux pp. 253-4; Viney, *supra*, note 9, no 223, aux pp. 266-7; Cornu, *supra*, note 1, aux pp. 252 et seq.; Rodière, *supra*, note 2, no 10. En droit belge, voir R. Dalcq, *Traité de la responsabilité civile*, 2e éd. (1959), t. I, no 164, à la p. 129, et no 182, à la p. 133; Rodière, *supra*, note 5, à la p. 48.

⁵⁸L'article 303 du *Projet de Code civil*, Livre cinquième: *Des obligations*, *supra*, note 45, à la p. 381, les prohibe. Par contre, les articles 138 et 139 du Code libanais en prononcent la validité sous certaines réserves. Sur la question en droit français, voir Starck, *Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité*, D.1974.I.157, nos 20 et seq., aux pp. 159 et seq.

caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle est tout à fait relatif et n'a pas la même portée dans tous les systèmes juridiques. En réalité, aussi bien en matière contractuelle qu'en matière délictuelle, le véritable problème posé par l'intervention de l'ordre public n'est pas de savoir s'il interdit ou non les clauses élisives ou limitatives de responsabilité, mais bien de déterminer si seule la responsabilité objective, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, peut être éludée ou limitée et non pas la responsabilité fondée sur la faute, quelle que soit la gravité de celle-ci.⁵⁹ Auquel cas, il n'y aurait pas d'obstacle à admettre la validité d'une clause élisive d'une responsabilité délictuelle de plein droit, ce qui, au demeurant, est admis lorsqu'il y a acceptation des risques, notion voisine de la clause de non-responsabilité. Cependant, il reste vrai qu'en matière délictuelle il y a le plus souvent un obstacle de fait au jeu d'une clause de non-responsabilité, c'est l'absence de relations préexistantes entre le responsable et la victime, ce dont il résulte l'impossibilité pour celle-ci d'accepter la clause.

23.— Quant au second argument invoqué pour justifier l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel, il tient à la *généralité* de la responsabilité délictuelle par opposition au caractère spécial de la responsabilité contractuelle. On l'a déjà rencontré.⁶⁰ Mais il ne porte pas, non seulement parce que, si l'on devait s'y tenir, il militerait en faveur de la non-intervention en raison de la règle *specialia generalibus derogant*, mais encore parce que la responsabilité délictuelle n'est pas plus générale que la responsabilité contractuelle. Tout ce que l'on peut dire, c'est que chacune a son domaine d'application, lequel dépend des conditions propres à chaque responsabilité.

Mais l'argument nous entraîne sur un autre terrain, lequel pose deux problèmes. D'une part, lorsqu'une personne dispose d'un droit spécial, il ne lui est pas toujours interdit de se prévaloir d'un droit plus général ou tout au moins d'un droit différent. D'autre part, le fait générateur de la responsabilité contractuelle peut constituer un fait dommageable susceptible de donner lieu à la responsabilité délictuelle.

24.— En ce qui concerne le premier problème, s'il est vrai que, d'une façon générale, lorsqu'un plaideur dispose de *plusieurs voies de droit*, il est libre de choisir celle dont il entend se prévaloir, lorsque les conditions de chacune sont remplies, le principe est loin d'avoir une portée absolue.⁶¹ Dans certains cas, l'option peut être fermée.

⁵⁹Voir Starck, *supra*, note 58.

⁶⁰Voir *supra*, no 8.

⁶¹Voir Cornu, *supra*, note 1, à la p. 249.

L'exemple le plus remarquable en est celui de l'action *de in rem verso* qui sanctionne l'enrichissement sans cause.⁶² Elle est impossible lorsque le débiteur dispose d'une autre action en remboursement ou en indemnisation, contractuelle ou non. Dans d'autres cas, l'option est permise mais, si le demandeur choisit la voie la plus libérale, elle sera soumise aux conditions de la voie la plus sévère, ce qui enlève tout intérêt à l'option.⁶³ Or, dans la mesure de l'incompatibilité entre les régimes de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle et de l'éventuelle sévérité plus grande du premier envers le créancier que celle du second, il serait parfaitement logique d'attirer la responsabilité délictuelle entre contractants au régime de la responsabilité contractuelle.⁶⁴ Autant, dans ces conditions, prohiber l'option, ce qui a l'avantage de la clarté et de la simplicité. L'assimilation du régime délictuel au régime contractuel est parfaitement justifiée en raison de l'absorption par le contrat du devoir délictuel. En effet, l'inexécution par le débiteur n'a de sens qu'en raison du rapport contractuel en vertu duquel il était tenu à une obligation, même si celle-ci a été prise dans les devoirs généraux qui incombent à tous ceux qui ne sont pas liés par un contrat. Le rapport contractuel absorbe non seulement l'obligation mais encore son éventuelle inexécution, pour soumettre celle-ci à un régime particulier de responsabilité. Ce régime ne saurait être méconnu par un appel à la responsabilité délictuelle. Il ne servirait à rien, si l'option était permise ainsi que l'intervention complémentaire de la responsabilité délictuelle, de prévoir dans le contrat ou dans la loi, surtout lorsqu'elle est impérative, un régime particulier de responsabilité contractuelle. Rodière, MM. Mazeaud et Cornu l'ont rappelé en des termes qu'il est difficile de réfuter. Même sur le terrain de la compétence judiciaire, la

⁶²*Ibid.*, aux pp. 248-9.

⁶³C'est ainsi qu'en raison de l'ignorance par l'acheteur du vice atteignant la chose vendue, la jurisprudence française admet qu'il peut se prévaloir tant de la garantie des vices que la nullité du contrat pour erreur. Mais, cette même jurisprudence enferme l'action en nullité dans le bref délai prévu par l'article 1648 C.civ. pour l'action en garantie. Ainsi, voir Cass.Civ.1ère, 19 juillet 1960, Bull.civ., I, no 408, p. 334, et commentaires du professeur Carbonnier *in* (1961) 59 Rev.trim.dr.civ. 332; Cass.Civ.3e, 11 février 1981, D.1981.I.R.440, et nos observations; obs. Rémy *in* (1981) 80 Rev.trim.dr.civ. 860, et note Ghestin *in* J.C.P.1982.II.19758.

⁶⁴C'est ce que fait le droit allemand, non seulement en ce qui concerne les limitations de responsabilité contractuelle, lesquelles seront étendues à la responsabilité délictuelle entre contractants, mais encore quant à l'exigence d'une faute grave. Si la responsabilité contractuelle n'est possible qu'en présence d'une telle faute, l'exigence sera étendue à la responsabilité délictuelle. Voir Rodière, *supra*, note 5, à la p. 115. L'assimilation de la responsabilité délictuelle au régime contractuel est aussi une tendance du droit grec. Voir aussi Rodière, *supra*, note 5, aux pp. 72 et 75.

loi contractuelle ne serait point respectée si l'on permettait au créancier de porter son action devant une juridiction différente de celle devant laquelle il est tenu d'attirer son débiteur.⁶⁵

25.— La même idée conduit, en ce qui concerne le second problème, à réfuter l'opinion selon laquelle, lorsque *l'inexécution d'un contrat constitue en même temps un fait dommageable sanctionné par la responsabilité délictuelle*, le créancier doit être en mesure de faire appel à la responsabilité délictuelle à la place ou en complément de la responsabilité contractuelle. Cette opinion a été défendue en France par le doyen Savatier⁶⁶ et en Belgique, par M. Van Ryn.⁶⁷ Elle est dans une très large mesure admise par le *Common law* d'Angleterre ainsi que par plusieurs systèmes civilistes.⁶⁸ Cette opinion répandue et pourtant erronée se fonde essentiellement sur l'idée que le contrat n'efface pas, entre contractants, des obligations légales dont la méconnaissance par le débiteur, source de dommages pour le créancier, doit être sanctionnée par la responsabilité délictuelle du premier envers le second. On a vu précédemment que le contrat ne saurait absorber l'ensemble des relations entre le créancier et le débiteur.⁶⁹ Il convient d'enfermer les obligations pouvant résulter du contrat dans des limites raisonnables, compte tenu des volontés expresses ou tacites des parties et de l'économie objective du contrat. Mais, alors, de deux choses l'une. Ou bien une obligation, dont la sanction aurait pu être assurée sur le terrain délictuel en l'absence de contrat, a été effectivement absorbée par le contrat. En ce cas, il n'y a place que pour la responsabilité contractuelle car ce serait déformer le contrat et violer la loi qui prévoit la sanction des obligations contractuelles que de faire intervenir la responsabilité délictuelle entre contractants. La responsabilité délictuelle doit être totalement exclue et il n'y a aucune option ni aucune intervention possible, même à titre complémentaire, de la responsabilité délictuelle. Ou bien une obligation n'est pas intégrée au contrat. En ce cas, il n'y a pas davantage d'option ou d'intervention complémentaire de la responsabilité délictuelle. Il n'y a que l'intervention exclusive et totale de la responsabilité délictuelle et le créancier ne pourrait certainement pas invoquer la responsabilité contractuelle. Telle est l'unique façon de régler le problème, si on veut se ranger aux impératifs de la logique et à ceux du respect du contrat et de la loi. Il n'y en a pas d'autre. Tous les

⁶⁵En ce sens, voir Mazeaud et Tunc, *supra*, note 1, nos 192 et *seq.*, aux pp. 247 et *seq.* Voir aussi Rodière, *supra*, note 2, nos 9 et 12; Cornu, *supra*, note 1, aux pp. 246 et *seq.*

⁶⁶Voir R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2e éd. (1951), t.1, nos 148 et *seq.*, aux pp. 192 et *seq.*

⁶⁷Voir Dalcq, *supra*, note 57, nos 120 et *seq.*, aux pp. 119 et *seq.*

⁶⁸Voir Rodière, *supra*, note 5.

⁶⁹Voir *supra*, nos 13 et 14.

systèmes juridiques qui font intervenir, à des degrés variables, la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel sont dans l'erreur et le raisonnement utilisé pour parvenir à la solution repose sur des prémisses qui sont fausses, sans compter que la distinction entre la violation d'une obligation légale, autorisant l'option, et la violation d'une obligation purement contractuelle est arbitraire et dépourvue de fondement.⁷⁰

26.— Prétendra-t-on, en fin de compte, car c'est finalement là que se trouve peut-être la véritable raison de l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel, raison fondée sur des considérations d'opportunité et non de logique, que le *principe inverse de non-intervention est gênant*? N'est-ce pas cette gêne que subirait le créancier s'il devait porter son action ailleurs que chez lui, qui a amené la Cour suprême du Canada à se prononcer pour l'immixtion dans l'affaire *Wabasso*?⁷¹ Cela n'est pas exclu et la raison est louable encore que, dans un rapport d'obligation, l'équité ne doit pas être appréciée seulement du côté du créancier mais aussi du côté du débiteur. Mais, à ce compte-là, tout ce qui est gênant devrait être éliminé. On devrait de la même façon autoriser un tiers à se prévaloir de la responsabilité contractuelle lorsque cela lui est plus favorable. La règle de droit et la sécurité des relations entre les membres du corps social ne résisteraient pas longtemps à l'élimination de tout ce qui est gênant. L'élimination d'une règle en raison de la gêne qu'elle peut entraîner ne saurait être couverte par des artifices qui prétendent y trouver de la logique.

Si l'on veut rester sur le terrain de la logique, on a vu qu'il n'était pas possible de considérer qu'entre contractants un fait contractuel d'inexécution constitue un fait dommageable délictuel. Prétendra-t-on alors l'inverse, c'est-à-dire que, notamment, s'agissant de la responsabilité fondée sur la faute, la *faute délictuelle n'est pas la même que la faute contractuelle*, ce qui autoriserait l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le contrat? Ce serait là encore parfaitement erroné. En effet, la faute dans l'exécution d'une obligation contractuelle qui donne lieu à la responsabilité contractuelle entre contractants, peut constituer une faute délictuelle envers un tiers au contrat. Or, la solution est fondée sur l'identité des deux fautes. Cette identité ne peut qu'être affirmée en raison de ce que le critère de la faute est toujours le même. Il consiste en l'appréciation d'un comportement par rapport à celui du bon père de famille ou de l'homme raisonnable, et c'est justement ce qui permet de comprendre que l'erreur de conduite

⁷⁰Voir Rodière, *supra*, note 2, nos 8 et 12.

⁷¹Voir *supra*, note 7.

peut constituer à la fois une faute délictuelle et une faute contractuelle. La distinction entre les deux responsabilités n'est possible qu'en fonction de la dualité de leurs régimes et non pas en fonction de leurs faits générateurs, sauf lorsque la loi en décide autrement (par exemple, l'exigence d'une faute grave dans certains contrats).

Restent, il est vrai, les hypothèses de responsabilité objective. Or, en matière délictuelle, la frontière entre la responsabilité objective et la responsabilité subjective ne passe pas au même endroit qu'en matière contractuelle. C'est ce qui explique que la responsabilité du débiteur contractuel pourrait être fondée sur la faute envers son créancier et être objective envers un tiers, ou inversement. Mais alors, faire intervenir la responsabilité délictuelle entre contractants se heurte aux objections précédemment signalées.⁷²

27.— On ne pourrait pas davantage tenir compte de la *nature du dommage*, comme le font à tort plusieurs systèmes juridiques, pour autoriser l'immixtion de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel. Ainsi, on a quelquefois prétendu que la réparation des dommages corporels relèverait de la responsabilité délictuelle et non pas de la responsabilité contractuelle. La personne humaine serait-elle en dehors du domaine contractuel? Il serait absurde de l'affirmer. Des contrats tels que le contrat de transport et le contrat médical prouvent le contraire. En aucun cas, la nature du dommage ne peut permettre l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel, sans compter que si la personne humaine était en dehors du contrat, il n'y aurait place que pour la responsabilité délictuelle et certainement pas pour une option. La solution du droit allemand selon laquelle la réparation d'un dommage moral causé par un contractant à un autre sera assurée par la responsabilité délictuelle du premier envers le second, n'a pas d'autre justification que la gêne causée par la prohibition de la réparation du dommage moral sur le terrain de la responsabilité contractuelle en Allemagne. C'est une conception singulièrement étroite du contrat que de n'y voir que l'aménagement de relations purement économiques.

En fin de compte, il ne paraît pas possible de trouver de justification rationnelle à l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel. On ne peut combattre valablement le principe inverse.

Partie B

28.— En dépit de l'attachement de principe de la jurisprudence française à la non-immixtion de la responsabilité délictuelle dans le

⁷²Voir *supra*, no 25.

domaine contractuel, force est de reconnaître que certaines solutions ne sont pas en harmonie avec la règle. Le plus souvent, il ne s'agit pas de véritables exceptions admises en tant que telles. À vrai dire, en raison de la justification du principe, il n'y a pas de place pour des exceptions. Il s'agit plutôt de solutions en vertu desquelles soit les juges dérogent inconsciemment au principe, soit acceptent purement et simplement de le violer sans évidemment pouvoir justifier valablement la dérogation; encore que, dans certaines décisions, il ne soit même pas question de justification, les juges se bornant tout simplement à affirmer que la réparation du dommage relève de la responsabilité délictuelle, alors qu'il s'agit à l'évidence de la violation d'une obligation contractuelle par le débiteur, laquelle est préjudiciable au créancier.

Ainsi, on peut recenser un certain nombre de décisions récentes qui entre contractants statuent sur le terrain de la responsabilité délictuelle, alors que l'obligation violée avait été intégrée au contrat. L'originalité de ces arrêts est qu'ils sont intervenus en faveur de la responsabilité délictuelle du débiteur contractuel envers son créancier, alors que celle-ci était assurée à l'exclusion de sa responsabilité contractuelle.⁷³ C'est donc uniquement *pour faire prendre en charge la réparation du dommage par l'assureur de la responsabilité délictuelle de l'assuré* que la disqualification de la responsabilité a été admise. Le procédé est inadmissible. Toutefois, d'autres décisions ont refusé, à juste titre, de disqualifier la responsabilité et ont statué sur le terrain de la responsabilité contractuelle non assurée.⁷⁴ On ne saurait se fonder sur des considérations d'opportunité tenant à l'existence ou à l'absence d'une assurance de responsabilité contractuelle pour décider de la nature de la responsabilité entre contractants. Celle-ci doit toujours être contractuelle.

29.— Dans d'autres situations, la violation du principe de la non-intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel est tout aussi réelle, encore que les décisions qui l'admettent, sans toujours avoir conscience de violer le principe, prétendent se parer de justifications d'ordre logique.

⁷³Voir Cass.Civ.2e, 3 mars 1977, D.1977.I.R.501, et notre note, et obs. Durry *in* (1977) 75 Rev.trim.dr.civ. 556. Cet arrêt ne donne aucune justification quant à l'application de la responsabilité délictuelle. Voir aussi Cass.Civ.1ère, 2 novembre 1978, D.1977.I.R.343, et nos observations. Dans ce dernier arrêt, la justification est parfaitement contestable, l'obligation violée par le débiteur ne pouvant qu'avoir été intégrée au contrat. De plus, voir Paris, 2 décembre 1977, Gaz.Pal.1979.I.493, et obs. Durry *in* (1977) 75 Rev.trim.dr.civ. 557.

⁷⁴Voir Cass.Civ.1ère, J.C.P.1981.IV.100. L'arrêt condamne l'option entre les deux responsabilités, laquelle avait été admise par la Cour d'appel. Voir aussi Amiens, 30 octobre 1979, D.1980.I.R.479, et obs. Alaphilippe et Karaquillo.

En premier lieu, il en est ainsi de la jurisprudence française bien connue sur la *stipulation pour autrui tacite* qui vient se greffer sur le contrat de transport de personnes.⁷⁵ En vertu de cette stipulation pour autrui, au demeurant parfaitement artificielle, la responsabilité du transporteur envers les proches parents, victimes par ricochet, sera contractuelle. Mais, lorsqu'en 1951, dans les arrêts *Lamoricière*⁷⁶ et en 1959, dans les arrêts *Champollion*⁷⁷ et *Vizioz*,⁷⁸ la Cour de cassation a admis que les proches parents pouvaient renoncer à la stipulation pour autrui et se placer, en conséquence, sur le terrain de la responsabilité délictuelle, elle a violé le principe de la non-intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel. Certes, la logique de la stipulation pour autrui impose le droit de renonciation du bénéficiaire.⁷⁹ Mais, peut-on encore autoriser cette renonciation lorsqu'elle va à l'encontre d'un principe aussi essentiel que celui de l'interdiction de l'option entre les deux responsabilités? On peut en douter. Certes, la responsabilité n'est-elle nécessairement contractuelle que lorsqu'il y a contrat et la liberté contractuelle implique que l'on ne saurait être débiteur ou créancier en vertu de liens contractuels si l'on n'y consent pas. Par conséquent, en l'absence de consentement, ici l'absence d'acceptation de la stipulation pour autrui par les proches parents du passager, il n'y a place que pour la responsabilité délictuelle. Doit-on alors considérer que puisqu'il n'y a pas de liens contractuels dans l'hypothèse d'une renonciation à la stipulation pour autrui, il n'y a pas véritablement d'option entre les deux responsabilités, l'option impliquant qu'un créancier contractuel et lui seul peut décider du régime de responsabilité applicable à la réparation de son dommage? L'argument, parfaitement logique, n'emporte cependant pas la conviction. En effet, la stipulation pour autrui greffée par la jurisprudence sur le contrat de transport n'a pas pour objet de permettre aux proches parents d'exiger, à leur profit, l'exécution de ses obligations par le transporteur. Elle a uniquement pour objet de leur permettre de se prévaloir des règles de la responsabilité contractuelle et ne présente donc d'intérêt que lorsque le transporteur n'a pas exécuté son obligation de transporter le passager sain et sauf à destination.⁸⁰ Dès lors, la renonciation à cette

⁷⁵À ce sujet, voir Rodière, *supra*, note 16, no 651, à la p. 746 et les références y citées. Voir aussi Viney, *supra*, note 9, no 224, à la p. 267; Cornu, *supra*, note 1, aux pp. 254 et seq.

⁷⁶Voir Cass.Com., le 19 juin 1951, D.1951.717, et note Ripert, ainsi que note Becqué in J.C.P.1951.II.6426.

⁷⁷Voir Cass.Civ.2e, 23 janvier 1959, D.1959.281, et note Rodière.

⁷⁸Voir Cass.Civ.2e, 23 janvier 1959, D.1959.101, et note Savatier.

⁷⁹Voir art. 1121 C.civ.

⁸⁰Elle a donc le même objet que la théorie allemande du "contrat avec un effet protecteur au profit d'un tiers", encore que celui-ci concerne essentiellement un dommage principal et non un dommage par ricochet. Voir Rodière, *supra*, note 2, à la p. 121.

stipulation pour autrui n'est rien d'autre que la mise en oeuvre d'une option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Il y a donc un conflit latent entre la technique de la stipulation pour autrui et l'interdiction de l'option entre les deux régimes de responsabilité. Cette interdiction, qui est impérative contrairement à la stipulation pour autrui qui n'est qu'un procédé fondé sur une volonté présumée des parties au contrat de transport, porte à croire qu'il n'y a pas de place pour la stipulation pour autrui en la matière, sous peine, dans le cas contraire, de violer le principe de la non-intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel. Au demeurant, la législation, dans certains transports, a prohibé le recours à la technique de la stipulation pour autrui greffée sur le contrat de transport, en procédant à une unification des responsabilités délictuelle et contractuelle du transporteur de personnes.⁸¹

30.— On sait que la jurisprudence, dans certains systèmes, a accordé à un sous-acquéreur notamment une *action directe contractuelle en responsabilité contre le fabricant* pour la réparation des dommages résultant des défauts cachés de la chose.⁸² Cette action n'est pas fondée sur une stipulation pour autrui mais sur une transmission, à titre d'accessoire nécessaire à la protection de l'utilisateur de la chose, de la garantie due par le vendeur ou le fabricant, que celle-ci soit légale ou conventionnelle. Dans la mesure où il n'y a pas de stipulation pour autrui, il ne saurait être question de renonciation de la part du sous-acquéreur. Mais, le fait que le sous-acquéreur dispose d'une action en garantie contractuelle contre le fabricant s'oppose-t-il à ce qu'il puisse intenter une action en responsabilité délictuelle contre le même fabricant? Certains auteurs ont prétendu qu'il n'y avait pas d'obstacle et des décisions de la Cour de cassation ont effectivement admis au profit d'un sous-acquéreur une action délictuelle contre un fabricant,⁸³ alors qu'était déjà consacrée par la jurisprudence l'action directe contractuelle. Manifestement, il s'agit là encore d'une violation, même si elle n'est pas consciente, du principe de la non-immixtion de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel.⁸⁴ Or, il se

⁸¹Voir l'article 24 de la *Convention de Varsovie*, *supra*, note 44; voir aussi l'article 12 de la *Convention internationale concernant le transport de marchandises par chemin de fer*, 23 octobre 1924, 19 Martens Nouveau Recueil, 3e série, 476; et l'article 42 de la *Loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transports maritimes*, D.1966.I.295.

⁸²Voir *supra*, no 15. De plus, voir Viney, *supra*, note 9, no 189, aux pp. 223-5.

⁸³Voir Cass.Civ.1ère, 18 juillet 1972, D.1973.I.Somm.39, à propos de l'action intentée contre le fabricant d'un élément de la chose vendue. Voir aussi Cass.Civ.3e, 5 décembre 1972, D.1973.I.R.401, et note Jean Mazeaud.

⁸⁴En ce sens, voir nos observations sous Cass.Civ.1ère, 9 octobre 1979, D.1980.I.R.222. Voir aussi les observations du professeur Durry au sujet du même arrêt *in* (1980) 79 Rev.trim.dr.civ. 354.

pourrait bien que la Cour de cassation française ait, plus récemment, condamné une telle immixtion. En effet, par un arrêt rendu le 9 octobre 1979,⁸⁵ elle a invoqué le principe du non-cumul des deux responsabilités pour interdire à un sous-acquéreur de se prévaloir du régime délictuel à l'occasion de l'action intentée contre le fabricant, dont l'arrêt affirme qu'elle est de nature contractuelle. Il ne sert à rien d'inclure le sous-acquéreur dans le contrat si on l'autorise à s'en évader pour se prévaloir de la responsabilité délictuelle. Certes, cette dernière peut être avantageuse pour lui dans certains cas. Mais alors et une fois encore, la solution ne serait fondée que sur des considérations d'opportunité, mais elle ne serait pas juridiquement justifiable. Prétendra-t-on qu'on introduit le sous-acquéreur dans le contrat contre sa volonté en l'obligeant à agir sur le fondement contractuel, ce qui n'est pas conforme au principe de la liberté contractuelle, selon lequel chacun est libre d'être lié ou non en vertu d'un contrat? De fait, il paraît bien que l'action contractuelle est attribuée d'office au sous-acquéreur contre sa volonté. Certes, il est toujours possible de se fonder sur une volonté présumée, mais alors il faut admettre la validité d'une clause contraire dans le contrat d'acquisition conclu par le sous-acquéreur, en vertu de laquelle il serait stipulé que celui-ci n'entend point invoquer le contrat initial sur lequel repose l'action en garantie contractuelle. Contrairement à l'hypothèse précédemment envisagée de la stipulation pour autrui greffée sur le contrat de transport, il ne s'agirait pas là de l'exercice d'une option prohibée entre les deux responsabilités. En effet, dans le cas de la stipulation pour autrui en matière de transport, la renonciation des proches parents à un droit d'origine contractuelle soi-disant stipulé en leur faveur n'est que la mise en place d'une option prohibée, car cette renonciation intervient toujours au moment où ils intentent une action en responsabilité contre le transporteur. Il n'y a jamais d'acceptation ou de renonciation de leur part avant le moment où ils demandent la réparation de leur dommage. Au contraire, en ce qui concerne une éventuelle clause, au demeurant le plus souvent improbable, par laquelle un sous-acquéreur renoncerait au bénéfice de la garantie assumée envers lui par le fabricant, la renonciation serait toujours antérieure à l'exercice de l'action en responsabilité. On ne pourrait dès lors l'assimiler à l'exercice d'une option prohibée. En tout cas, dans le cas où une clause contraire ne serait pas stipulée, le sous-acquéreur ne pourrait se prévaloir que de la responsabilité contractuelle du fabricant.

31.— La jurisprudence française admet non seulement l'obligation au tout (obligation *in solidum*) de chacun des responsables d'un dommage envers la victime, peu importe qu'ils soient tous deux tenus

⁸⁵Voir *supra*, note 84.

délictuellement ou que l'un soit tenu contractuellement et l'autre délictuellement, mais encore que celui qui a payé dispose contre l'autre ou les autres d'une action récursoire, fondée notamment mais non pas toujours exclusivement sur la subrogation légale de l'article 1251, al. 3, C.civ. Or, le *recours entre responsables fondé sur la subrogation* dans les droits de la victime peut constituer une violation, ici encore souvent inconsciente, du principe de la non-intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel.⁸⁶ Ainsi en est-il lorsque le commettant, responsable sur le fondement de l'article 1384, al. 5, envers la victime du dommage causé par son préposé, intente un recours contre celui-ci pour récupérer l'indemnité payée à la victime, comme il en a normalement le droit. Si le préposé est uni en vertu d'un contrat au commettant, ce qui est le plus souvent le cas, l'action récursoire du second contre le premier ne sera rien d'autre qu'une action en responsabilité contractuelle sanctionnant l'inexécution de ses obligations par le préposé. Or, la subrogation du commettant dans les droits de la victime, qui est un tiers pouvant invoquer la responsabilité délictuelle du préposé, contre ce dernier lui permet de se placer sur le terrain délictuel plutôt que contractuel,⁸⁷ en violation de l'interdiction de l'option entre les deux responsabilités. Cela n'est pas admissible. De même, lorsque deux personnes sont unies par un contrat de louage d'ouvrage et qu'un dommage résultant de l'exécution de ses obligations par le constructeur a été subi par un tiers, le maître de l'ouvrage, qui a indemnisé la victime, sera subrogé dans l'action délictuelle de celle-ci contre le constructeur, alors que son action puise sa cause dans la méconnaissance de ses obligations contractuelles par le constructeur.⁸⁸ Cela n'est pas davantage admissible.

En réalité, dans certaines situations, il convient purement et simplement d'exclure la subrogation, laquelle n'est pas d'ordre public, dans la mesure où elle méconnaît le principe de non-immixtion de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel qui, lui, est d'ordre public.⁸⁹ Malheureusement, la jurisprudence française ne l'a pas

⁸⁶Voir notre article, *La responsabilité des organismes de contrôle technique* (1981) Rev.dr.immob. 311; voir aussi notre note sous Cass.Civ.1ère, 20 mars 1979, D.1980.II.R.29; ainsi que Viney, *supra*, note 9, no 228, aux pp. 269-71, et les références y citées. Dans la jurisprudence récente, voir Cass.Civ.1ère, 27 janvier 1981, J.C.P.1981. IV.122, et obs. Durry *in* (1981) 80 Rev.trim.dr.civ. 635; Paris, 12 novembre 1979, D.1980.I.R.109.

⁸⁷Voir Cass.Civ.1ère, 20 mars 1979, D.1980.II.R.29, et notre note.

⁸⁸Voir Viney, *supra*, note 9.

⁸⁹Voir notre article, *supra*, note 86, et notre note sous Cass.Civ.1ère, 20 mars 1979, D.1980.II.R.29.

admis ou plutôt ne l'a pas encore admis. Il y aurait, cependant, un moyen d'éviter ce genre de contradictions; ce serait d'unifier les régimes des responsabilités délictuelle et contractuelle, ce qui, s'agissant de la responsabilité des constructeurs notamment, n'est pas impossible. C'est là que se trouve le remède le plus approprié qui enlèverait une grande partie de son intérêt à l'indispensable principe de la non-intervention de la responsabilité délictuelle dans le champ contractuel.
