

Les Cahiers de droit



La responsabilité contractuelle dans la tourmente

Daniel Gardner et Benoît Moore

Volume 48, numéro 4, 2007

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043946ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043946ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Gardner, D. & Moore, B. (2007). La responsabilité contractuelle dans la tourmente. *Les Cahiers de droit*, 48(4), 543–578. <https://doi.org/10.7202/043946ar>

Résumé de l'article

Depuis le premier tiers du XX^e siècle, il est généralement admis que la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle se distinguent par leur régime et non par leur nature. La responsabilité contractuelle est passée d'un rôle d'exécution de l'obligation à celui de la réparation d'un préjudice causé à l'occasion de l'inexécution. Cette transformation s'est essentiellement faite par le gonflement du contrat, la responsabilité contractuelle étant jugée plus protectrice des droits de la victime. Partant du constat inverse, les auteurs entendent proposer, d'une double manière, que le régime de la responsabilité extracontractuelle soit le seul applicable, à tout le moins en matière de préjudice corporel.

De lege ferenda, rejoignant une partie de la doctrine française, les auteurs suggèrent d'expurger du droit québécois la notion même de responsabilité contractuelle. *De lege lata*, ils appellent ensuite la jurisprudence à soumettre la réparation du préjudice corporel au seul régime extracontractuel de responsabilité. Une telle solution s'inscrit en continuité avec la jurisprudence et en phase avec la place particulière que le législateur québécois donne à la réparation du préjudice corporel.

La responsabilité contractuelle dans la tourmente

Daniel GARDNER* et Benoît MOORE**

Depuis le premier tiers du xx^e siècle, il est généralement admis que la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle se distinguent par leur régime et non par leur nature. La responsabilité contractuelle est passée d'un rôle d'exécution de l'obligation à celui de la réparation d'un préjudice causé à l'occasion de l'inexécution. Cette transformation s'est essentiellement faite par le gonflement du contrat, la responsabilité contractuelle étant jugée plus protectrice des droits de la victime. Partant du constat inverse, les auteurs entendent proposer, d'une double manière, que le régime de la responsabilité extracontractuelle soit le seul applicable, à tout le moins en matière de préjudice corporel.

De lege ferenda, rejoignant une partie de la doctrine française, les auteurs suggèrent d'expurger du droit québécois la notion même de responsabilité contractuelle. De lege lata, ils appellent ensuite la jurisprudence à soumettre la réparation du préjudice corporel au seul régime extracontractuel de responsabilité. Une telle solution s'inscrit en continuité avec la jurisprudence et en phase avec la place particulière que le législateur québécois donne à la réparation du préjudice corporel.

Since the first third of the 20th century, it has been generally recognized that delictual liability and contractual liability set themselves apart owing to their respective legal regimes and not by their very nature. Contractual liability has evolved from securing the performance of an

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval. L'ordre de présentation des auteurs a été, comme il se doit, l'objet d'un tirage au sort.

** Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal ; titulaire de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil. Cet auteur tient à remercier M^{me} Aurore Ben Adiba pour son assistance dans l'élaboration de la première partie du texte.

obligation to redressing the harm caused by its non-fulfillment. This transformation has essentially resulted from an enlargement of the contractual sphere, owing to the fact that contractual liability was perceived to be more protective of victims' rights. Since it has now become apparent that the opposite is true, the authors suggest a two pronged approach, with a view to reinstating extracontractual liability as the only applicable regime, at least with respect to bodily injury.

Rallying a part of French doctrine, the authors suggest that the ideal solution would be to purge the concept of contractual liability from Québec law. Yet looking at the law as it new stands, they call upon the courts to submit cases of bodily injury to the law of extracontractual liability only. This solution finds its place in the continuity of case law and is consistent with the specific place that the Québec legislator has assigned to the redressing of bodily injury.

	<i>Pages</i>
1 La responsabilité contractuelle sous enquête	545
1.1 Les origines d'une controverse.....	546
1.2 La disparition souhaitée de la responsabilité contractuelle.....	553
1.2.1 L'évanescence d'un sujet.....	554
1.2.2 La fausseté de la notion de faute contractuelle	555
1.2.3 La remise en question de l'utilité et de la nature du dommage contractuel.....	561
2 Un accommodement raisonnable pour les victimes d'un préjudice corporel	565
2.1 Une solution de continuité en jurisprudence	566
2.2 Une solution respectueuse de l'évolution du droit	573
2.3 Une solution permettant de réconcilier les règles d'évaluation du préjudice...	575
Conclusion générale	577

Pour le juriste du *xxi^e* siècle, l'expression «responsabilité contractuelle» coule de source et constitue l'une des assises classiques du droit des obligations. Elle était pourtant à peu près inconnue tant à l'époque de l'adoption du *Code civil* français qu'à celle, postérieure de plus d'un demi-siècle, du *Code civil du Bas Canada*. En fait, il a fallu attendre le

premier tiers du ^{xx}e siècle pour voir son utilisation se répandre au sein de la doctrine et de la jurisprudence, principalement en réaction à une responsabilité délictuelle dont les conditions d'application étaient jugées trop restrictives pour les victimes d'un préjudice corporel. Cependant, l'évolution des règles de la responsabilité délictuelle, de même que celles de la responsabilité contractuelle, rend plus relative l'exactitude de cette assertion. Voilà pourquoi le déplacement vers le contrat de l'indemnisation du préjudice corporel est, le plus souvent, néfaste pour la victime et est, par conséquent, maintenant remis en question. C'est ce mouvement que nous entendons appuyer dans le présent texte, d'une double manière.

D'abord *de lege ferenda*. Partageant les vues d'une partie de la doctrine, nous croyons que la notion même de responsabilité contractuelle cause problème et qu'elle doit être réexaminée. La première partie de notre texte servira donc à soutenir l'abandon pur et simple de la responsabilité contractuelle, telle qu'elle est comprise et enseignée à l'heure actuelle. Cela ne peut se faire que par un retour aux sources du droit des obligations et une mise en perspective de notions de base trop souvent confondues en pratique (1).

Ensuite *de lege lata*. L'abandon complet de la notion de responsabilité contractuelle est impossible dans l'état actuel du *Code civil du Québec*, lequel reconnaît l'existence des deux ordres de responsabilité. Une plus grande sensibilité au sort des victimes d'un préjudice corporel nous incitera à proposer, dans la seconde partie de notre texte, un accommodement raisonnable en leur faveur, d'application immédiate, en vue de les soumettre à la responsabilité extracontractuelle (2).

1 La responsabilité contractuelle sous enquête

La coexistence et la délimitation des deux ordres de responsabilité sont une source de débat constant. Cette dualité existe. Bien qu'elle soit relativement récente, certains la croient immuable et immanente¹. Devant cette impression, le fondement de celle-ci n'est pas remis en cause en

1. Nous reviendrons brièvement sur l'origine de cette dualité. De manière plus poussée, voir : Philippe RÉMY, « Critique du système français de responsabilité civile », (1996) 31 *Dr. et cult.* 31, 40 ; Christian LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », dans *Le droit privé français à la fin du ^{xx}e siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 543 ; Philippe RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », [1997] 2 *R.T.D. civ.* 323 ; Geneviève VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », dans Gilles GOUBEUX et autres, *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du ^{xx}e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 921 ; Geneviève VINEY, *Traité de droit civil : Introduction à la responsabilité*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1995, n^{os} 162 et suiv., p. 276 et suiv.

amont : les spécialistes se contentent plutôt de discuter des frontières entre les deux ordres ainsi que de leur régime — en quoi, et pourquoi doivent-ils se distinguer ou se rapprocher. Ce sont ces questions qui, en droit québécois, ont suscité les modifications apportées en 1991 au Code civil : l'interdiction de l'option et la convergence des régimes en supprimant certaines distinctions traditionnelles mais artificielles, dont, la plus importante sans doute, la prescription.

Toutefois, cette dualité de régimes a été remise en question récemment en droit français où un courant doctrinal, minoritaire mais pugnace, soutient que la responsabilité contractuelle est un faux concept, dont les bases sont erronées. Nous verrons d'abord succinctement les origines de cette controverse (1.1), pour ensuite en adopter le raisonnement (1.2).

1.1 Les origines d'une controverse

Dualité ou unité. Sans entrer dans un historique exhaustif sur les origines du système de responsabilité, les auteurs soulignent généralement que la cristallisation du débat concernant les régimes de responsabilité s'est effectuée autour de deux thèses. D'abord, celle de Charles Saintelette qui défend la dualité des sources de responsabilité : l'une est la loi, tandis que l'autre est le contrat pour lequel cet auteur propose, plutôt qu'un système de responsabilité, celui de la garantie². Puis, quelques années plus tard, une autre thèse, celle de J. Grandmoulin, soutient tout au contraire l'unité des responsabilités contractuelle et délictuelle. Pour lui, l'obligation d'indemniser la victime à la suite de l'inexécution du contrat n'est pas l'obligation contractuelle, mais une obligation nouvelle, légale, qui la remplace et qui est ni plus ni moins l'obligation pour une partie de réparer le préjudice causé par sa faute. Il y a ainsi une unité des sources de responsabilité et des régimes de responsabilité, et Grandmoulin conteste donc les différences généralement admises entre les deux ordres de responsabilité³.

Unité conceptuelle, dualité technique. À partir de ces thèses opposées va tranquillement s'imposer un compromis dont les artisans, célèbres, sont

2. Charles SAINTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles, Bruylant, 1884. Nous nous référons au résumé de cette thèse que font les auteurs, dont G. VINEY, *op. cit.*, note 1, n° 162, p. 276. La professeure Viney fait remarquer qu'à l'époque cette thèse a reçu l'appui presque unanime de la doctrine.

3. J. GRANDMOULIN, *Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles dans l'ancien droit romain et dans le droit français*, Rennes, Typographie Alphonse Roy, 1892. L'auteur écrit (p. 3) : « Selon nous, la responsabilité est toujours délictuelle. La violation du droit de créance est un délit civil (1382) au même titre que celle du droit de propriété. » Pour un résumé, voir : G. VINEY, *op. cit.*, note 1, n° 163, p. 276 et 277.

connus. Planiol⁴ en donne les bases, Esmein⁵, la suite et les Mazeaud⁶, la pérennité : la responsabilité est unitaire quant à sa source, à son fondement et à sa structure, mais elle est duale quant à son régime. Une responsabilité, deux régimes. Cette unité conceptuelle de la responsabilité repose, selon ses promoteurs, sur l'unicité de la notion de faute : *la faute est la violation d'une obligation*⁷. En matière de responsabilité délictuelle, elle serait la violation de l'obligation générale et passive de ne pas nuire à autrui, légalement prévue par l'article 1382 du *Code civil* français (l'équivalent de l'article 1053 C.c.B.C. ou de l'article 1457 C.c.Q.). En matière contractuelle, la faute est évidemment la violation de l'obligation contractée par les parties. De cette faute naît une *nouvelle obligation, distincte de l'obligation préexistante*, qu'elle ait été contractuelle ou légale, et qui consiste dans les deux cas, indistinctement, à indemniser la victime des conséquences de la faute, violation de l'obligation.

La faute : fondement de l'unité. Cette unité de la responsabilité, fondée sur l'idée que la responsabilité civile porte toujours sur l'indemnisation de la victime de la violation d'une obligation, avait pour objet de combattre la théorie du risque, alors défendue, comme fondement à la responsabilité, par Saleilles⁸, entre autres. De cette façon, Planiol et, à sa suite, les Mazeaud marquaient la faute comme fondement de la responsabilité civile. Cette unité entendait également écarter la conception soutenue par la doctrine

4. Voir : Marcel PLANIOL, « Classification des sources des obligations », [1904] *R.C.L.J.* 224, puis dans son traité dont nous utiliserons la 4^e édition : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1907, n^{os} 863 et suiv., p. 275 et suiv.
5. Paul ESMEIN, « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », (1933) 32 *R.T.D. civ.* 627.
6. Henri et Léon MAZEAUD et André TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965, n^{os} 96 et suiv., p. 101 et suiv. Ces auteurs montrent clairement, dans le titre même de leur ouvrage, qu'ils conçoivent la responsabilité civile comme une unité, même si elle réunit deux régimes partiellement distincts pour la responsabilité contractuelle, d'une part, et la responsabilité délictuelle, d'autre part. Voir aussi : Henri MAZEAUD, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », (1929) 28 *R.T.D. civ.* 551 ; Henri MAZEAUD, « Essai de classification des obligations : Obligations contractuelles et extra-contractuelles ; "obligations déterminées" et "obligation générale de prudence et diligence" », (1936) 35 *R.T.D. civ.* 1.
7. M. PLANIOL, *op. cit.*, note 4, n^o 863, p. 275. En droit québécois, le professeur Paul-André CRÉPEAU, « Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité en droit civil canadien », (1962) 22 *R. du B.* 501, 503, est un ardent défenseur de cette théorie de l'unicité de la faute : « D'un côté, on s'accorde à reconnaître que la responsabilité civile repose essentiellement sur la violation d'une obligation juridique, qu'il s'agisse d'un devoir contractuel ou d'une prescription légale. »
8. Ce justificatif est avancé par P. RÉMY, *loc. cit.*, note 1, 331 et 332.

traditionnelle, tant en France⁹ qu'au Québec¹⁰, selon laquelle la faute délictuelle devait en principe être prouvée, alors que la faute contractuelle était présumée¹¹.

Obligation de moyen et de résultat. Afin de compléter l'unité de la faute, et pour justifier la condamnation de la théorie de la faute contractuelle présumée, Demogue propose de distinguer entre les obligations de moyen et de résultat¹². Cette classification sera relayée par Henri Mazeaud pour qui elle s'applique à toutes les obligations, contractuelles comme légales, et peut servir à l'«étude générale de l'obligation», remplaçant ainsi la classification fondée sur les sources¹³. Cette classification devient donc l'un des principaux «vecteurs de rapprochement¹⁴» entre les deux ordres de responsabilité : dans les deux cas, l'obligation naît de la faute qui consiste en la violation d'une obligation. Pour cela, il faut, toujours dans les deux cas, établir cette faute en déterminant le contenu de l'obligation. Dans l'obligation de moyen, la preuve de la faute exige du créancier qu'il démontre la conduite négligente du débiteur ; dans l'obligation de résultat, la preuve est allégée puisque la faute consiste simplement en la non-atteinte du résultat promis, le défendeur pouvant écarter sa responsabilité en prouvant la force majeure¹⁵. *La faute est donc, dans tous les cas, la violation de l'obligation légalement imposée ou contractuellement convenue.*

9. *Id.*, 330.

10. C'était l'opinion de Pierre-Basile Mignault, comme le rapporte le professeur Crépeau dans son texte sur la responsabilité du voiturier et l'article 1675 C.c.B.C. : Paul-André CRÉPEAU, «Réflexions sur le fondement juridique de la responsabilité civile du transporteur de personnes», (1960-1961) 7 *R.D. McGill* 225, 230. Voir aussi : André NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971, n° 36, p. 24. Pour un traitement historique de cette distinction aujourd'hui disparue : Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, n°s 1-47, p. 29 et 30.

11. Certes cette opposition entre faute délictuelle et faute contractuelle était bancal, mais si nous nous y arrêtons, nous observons qu'elle portait en elle une intuition juste. S'il était possible de soutenir que la faute contractuelle était présumée dès l'inexécution de la prestation promise, c'est parce qu'il y avait là l'inexécution d'une obligation préexistante, par opposition à la faute délictuelle qu'il faut prouver afin d'établir l'existence d'une obligation. En réalité, la doctrine traditionnelle n'a pas poussé le raisonnement jusqu'au bout. La faute contractuelle n'est pas présumée : *elle n'existe pas*. Nous y reviendrons.

12. René DEMOGUE, *Traité des obligations en général : Sources des obligations*, t. 5, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, n° 1237, p. 536.

13. H. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 6, 57.

14. Philippe BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Litec, 2004, n° 95, p. 55.

15. Voir : H. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 6, 51.

Parallélisme entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. De cette unité de la responsabilité, fondée sur une notion moniste de faute, se développe un parallélisme parfait entre les deux ordres de responsabilité, lequel parallélisme va prendre essentiellement comme modèle la responsabilité délictuelle. C'est ainsi que, à l'instar de cette dernière, la responsabilité contractuelle répond au triptyque faute / lien causal / préjudice. Cette responsabilité contractuelle, grâce à la multiplication des obligations implicites¹⁶, rendues possibles par le « forçage contractuel » et la perte de l'influence de la volonté dans le contrat, va étendre son rôle. Elle sanctionne non seulement l'inexécution du contrat protégeant la prévision des parties, mais elle devient, et le contrat par son canal, l'outil de l'indemnisation d'une victime pour un préjudice subi à l'occasion d'un contrat¹⁷. Cette extension du rôle du contrat, d'échange économique à outil de réparation, se fait toujours, officiellement, au motif de protéger l'intégrité du contrat, la volonté des parties. Or, rien n'est moins sûr puisque ce rôle est fondé sur des obligations fictivement contractuelles : il est probable que le contrat soit ainsi plus perverti que protégé. Comme l'écrit un auteur, la responsabilité contractuelle « a perdu en authenticité ce qu'elle a gagné en étendue¹⁸ ».

Ce parallélisme, cette symétrie, va jusqu'à l'application, comme le préconisait Henri Mazeaud¹⁹, de la classification entre obligation de moyen et obligation de résultat aux obligations légales, dont celle de la responsabilité délictuelle. Les régimes de présomption de faute ou de responsabilité sont des obligations respectivement de quasi-résultat et de résultat, alors que le régime fondé sur la preuve de la faute consacre une obligation de moyen²⁰. Il y a donc parallélisme non seulement sur le fondement de la responsabilité avec la faute, ce qui constitue l'apport principal de Planiol, mais aussi sur les différents régimes d'appréciation de cette faute. Dans le

16. C'est le cas tout spécialement de l'obligation de sécurité laquelle concerne l'indemnisation de la victime principalement pour le préjudice corporel mais, aussi, pour le préjudice matériel : Nathalie VÉZINA, « L'indemnisation du préjudice corporel sur le fondement de l'obligation de sécurité en droit québécois : solution efficace ou défectueuse ? », dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE, BARREAU DU QUÉBEC, *Le préjudice corporel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 115, à la page 117.
17. Sur cette idée, voir : ÉRIC SAVAUX, « La fin de la responsabilité contractuelle ? », [1999] *R.T.D. civ.* 1, 9.
18. Patrice JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », dans *Les métamorphoses de la responsabilité : Sixièmes Journées René Savatier*, Paris, PUF, 1997, p. 65, à la page 75.
19. H. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 6, 49.
20. Paul-André CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique, ou, Des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 55 et suiv.

même esprit, le droit français connaît aujourd'hui des règles concernant la responsabilité *contractuelle* du fait d'autrui et du fait de la chose²¹.

Absorption du droit civil par la responsabilité. Ce parallélisme semble en réalité un épiphénomène d'un mouvement plus fondamental, celui de l'absorption du droit civil par la responsabilité. Le professeur Henri Mazeaud, que nul ne peut soupçonner d'être un ennemi de la responsabilité civile, avait, dans une chronique demeurée célèbre, attiré l'attention sur ce danger²². Pour lui, le droit civil dans son entier peut se résumer à certains grands principes, dont celui de l'indemnisation de la victime qui a subi un préjudice. Cette absorption du droit par la responsabilité s'illustre donc par le parallélisme entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, la seconde étant le moule dans lequel la première s'intègre. Cependant, d'autres illustrations peuvent être apportées, en droit québécois, à ce phénomène.

C'est le cas, par exemple, de la controverse concernant l'article 976 C.c.Q. sur les troubles de voisinage²³. Malgré la clarté apparente du texte, lequel ne fait aucune référence à la notion de faute ou à la source du dommage, mais bien uniquement à la conséquence de celui-ci (l'inconvénient anormal), la doctrine et la jurisprudence se divisent sur la nécessité ou non de l'existence d'une faute pour l'application de cette disposition. Or il semble bien inutile de se référer à la faute et, par extension, à la notion de responsabilité. L'article 976 C.c.Q. prévoit une obligation *légal*e, autonome par rapport à l'article 1457 C.c.Q., qui contient toutes les conditions nécessaires à son application dans le texte.

Nous pourrions aussi donner comme exemple l'article 54 C.c.Q. concernant le pouvoir du directeur de l'État civil de refuser un nom qui déconsidère l'enfant. Il s'agirait là, pour une certaine jurisprudence, de

21. Cela est toutefois contesté, et contestable. Sur cette question, voir : P. BRUN, *op. cit.*, note 14, n° 97, p. 57 ; G. VINEY, *op. cit.*, note 1, n°s 169-170, p. 292-294 ; P. RÉMY, *loc. cit.*, note 1, 342-344.

22. Henri MAZEAUD, « L'«absorption» des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », D.1935.chr.5.

23. Sur cette question, voir : Adrian POPOVICI, « La poule et l'homme : sur l'article 976 C.c.Q. », (1997) 99 *R. du N.* 214 ; Pierre-Claude LAFOND, « L'exercice du droit de propriété et les troubles de voisinage : petit Code (civil) de conduite à l'intention des voisins », (1999) 33 *R.J.T.* 225 ; Benoît MOORE, « La théorie des sources des obligations : éclatement d'une classification », (2002) 36 *R.J.T.* 689, 712 et suiv. Alors que cette question paraissait avoir été définitivement réglée en faveur de la « responsabilité sans faute », par la Cour d'appel depuis l'arrêt *Gourdeau c. Letellier de St-Just*, [2002] R.J.Q. 1195 (C.A.), rien n'est plus sûr. La Cour d'appel a rendu en octobre 2006 une décision qui semble écarter la thèse de la responsabilité sans faute : *Ciment du St-Laurent Inc. c. Barrette*, [2006] R.J.Q. 2633 (C.A.) (cette affaire est pendante devant la Cour suprême).

l'application de la théorie de l'abus de droit, ou encore d'une faute de la part des parents dans le choix du nom de l'enfant²⁴. Or cette analyse est à la fois fausse et inutile. Elle est fausse parce que les parents n'ont pas un droit de déterminer le nom de leur enfant : ils ont plutôt une liberté, une discrétion ou même, peut-être, un devoir de le faire. Elle est ensuite inutile, car les notions d'abus de droit, de faute ou de responsabilité ne sont pas pertinentes aux termes de l'article 54 C.c.Q., lequel impose simplement une limite au choix des parents et un pouvoir de contrôle, au nom de l'intérêt de l'enfant, du directeur de l'État civil. Dans le contexte d'une telle action, le juge n'a qu'à se demander si le nom prête au ridicule ou déconsidère l'enfant, sans se soucier de l'état d'esprit ou du caractère raisonnable du geste des parents.

À la limite, l'absorption du droit civil par la responsabilité pourrait s'étendre à toute violation ou à tout dépassement par un individu d'une disposition légale. Ainsi serait-il possible d'argumenter que le jugement ordonnant à une personne de payer des aliments aux termes de l'article 585 C.c.Q. constitue l'indemnisation de la victime pour la faute du débiteur, faute qui réside dans le fait de ne pas s'être exécuté spontanément et ainsi d'avoir violé une obligation légale. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'opinaient Planiol, sans le dire explicitement²⁵. L'unité de la faute serait préservée : celle-ci constitue la violation d'une obligation quelle qu'elle soit et est la source d'une nouvelle obligation d'indemnisation. L'obligation n'existerait que pour être exécutée. Dès lors qu'elle ne l'est pas, elle disparaît et donne naissance à une nouvelle obligation, toujours la même, celle qui découle de la responsabilité et a pour objet l'indemnisation sous une forme ou une autre. *C'est bien là une absorption du droit civil par la responsabilité civile, de la même nature que celle de l'obligation contractuelle.*

Remise en question du système de Planiol. C'est en réalité contre cette absorption que s'est récemment élevé un mouvement doctrinal en France selon lequel la responsabilité contractuelle est un faux concept. C'est le professeur Le Tourneau²⁶, dans son ouvrage sur la responsabilité et les

24. Voir : B. MOORE, *loc. cit.*, note 23, 717, à la note 90.

25. M. PLANIOL, *loc. cit.*, note 4, 230 et 231. Voir, sur ce point, P. RÉMY, *loc. cit.*, note 1, 334 et 335.

26. Philippe LE TOURNEAU et Loïc CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2002-2003, n^{os} 802 et suiv. Dès la troisième édition de son livre, en 1982 (*La responsabilité civile*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1982, n^o 160, p. 63 et 64), le professeur Le Tourneau, alors seul auteur, soutenait cette opinion. Il a même modifié le titre de son ouvrage afin de bien distinguer la responsabilité du contrat. Ainsi, à partir du titre initial *La responsabilité civile*, l'ouvrage s'intitule ensuite *Droit de la responsabilité – Responsabilités civiles délictuelles et quasi délictuelles – Défaillances contractuelles* puis, enfin, *Droit de la responsabilité et des contrats*.

contrats, qui, le premier, a remis en question le système de Planiol. Seul pendant plusieurs années, il a été rejoint au milieu des années 90 par le professeur Tallon, dans deux textes successifs²⁷. C'est enfin le professeur Rémy qui renouvelle le débat en 1996 d'abord dans un texte annonciateur²⁸ puis, dans un article de fond remarquable²⁹, qui a suscité un nombre incalculable de réactions et de répliques. L'idée développée par ces auteurs est que la responsabilité contractuelle est un faux concept. Il n'y a, en réalité, que l'inexécution d'une obligation et la sanction de celle-ci. Cette sanction, si elle ne se fait pas par nature, consistera en une exécution par équivalent. Certes, elle prend la forme de dommages, mais ceux-ci ne concernent que le paiement³⁰, sous une forme autre, de l'obligation préexistante. Le paiement de dommages n'est donc pas une nouvelle obligation, trouvant sa source dans la faute : il ne représente qu'une manière différente d'exécuter l'obligation prévue dans le contrat. Comme le résume dans une formule « naïve » et percutante le professeur Tallon, « si la faute contractuelle est l'inexécution du contrat, pourquoi ne pas parler simplement d'inexécution du contrat³¹ ? »

L'idée des tenants de cette conception n'est pas de redéfinir les frontières entre les responsabilités délictuelle et contractuelle, ce qui est la difficulté généralement soulevée par la doctrine contemporaine, mais bien de condamner la notion même de responsabilité contractuelle, de la biffer du vocabulaire civiliste³².

Cette conception, bien qu'elle ait été suivie par certains³³ et en ait séduit d'autres³⁴, est rejetée à l'heure actuelle par une doctrine majoritaire

27. Denis TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », [1994] *R.T.D. civ.* 223 ; Denis TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », dans Jean BEAUCHARD et Pierre COUVROT (dir.), *Droit civil, procédure, linguistique juridique : Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 429.

28. P. RÉMY, *loc. cit.*, note 1.

29. *Ibid.*

30. P. LE TOURNEAU et L. CADIET, *op. cit.*, note 26, n° 806.

31. D. TALLON, *loc. cit.*, note 27, 429. Le qualificatif « naïve » est de lui.

32. P. RÉMY, *loc. cit.*, note 1, 324 : la thèse qu'il soutient « permettrait, non de confirmer la distinction des deux "ordres" de responsabilité, mais de l'abolir, en débarrassant le contrat de fonctions qui ne sont pas les siennes et en redonnant par conséquent à la responsabilité délictuelle compétence exclusive pour la réparation des dommages injustement causés – spécialement pour les dommages causés à la personne ».

33. Laurence LETURMY, « La responsabilité délictuelle du contractant », [1998] *R.T.D. civ.* 839 ; Marianne FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle : contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2003.

34. É. SAVAUX, *loc. cit.*, note 17 (qui lui donne un sursis) ; P. BRUN, *op. cit.*, note 14, n° 92, p. 52 ; François TERRÉ et autres, *Droit civil : Les obligations*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2005, n° 559, p. 549 et 550.

tant française que québécoise³⁵. Comme nous le verrons, les reproches adressés à cette doctrine tiennent essentiellement, d'abord, au fait qu'il est impossible de faire l'économie de la notion de faute, l'inexécution du contrat pouvant être légitime, et, ensuite et surtout, qu'il est faux de traiter les dommages-intérêts contractuels comme une simple exécution de l'obligation née du contrat : les dommages contractuels ont une fonction indemnitaire qu'il est impossible de nier. En définitive, il est reproché à cette thèse d'aller trop loin. Le véritable problème ne serait pas tant l'inexactitude du concept de responsabilité contractuelle, mais bien le gonflement exagéré et artificiel du contenu contractuel. C'est pourquoi la doctrine majoritaire, même réfractaire à la thèse de l'inexécution contractuelle, lui reconnaît le mérite d'avoir contribué à mettre d'accord la quasi-unanimité des auteurs sur la nécessité de freiner l'extension démesurée du domaine du contrat, basé sur une pure fiction de volonté³⁶. En ce qui nous concerne, nous prenons le parti de la minorité et souhaiterions assister à la disparition de la responsabilité contractuelle.

1.2 La disparition souhaitée de la responsabilité contractuelle

Nous retiendrons trois éléments, soutenus par les tenants de la disparition de la responsabilité contractuelle, pour justifier notre position. D'abord, nous ferons le constat de l'évanescence du sujet, point en apparence secondaire mais qui est, en quelque sorte, la conséquence de la faiblesse conceptuelle de la responsabilité contractuelle (1.2.1). Nous nous pencherons ensuite sur les éléments qui sont perçus par la doctrine dominante comme les faits générateurs de la responsabilité contractuelle : la faute, d'une part (1.2.2), et le dommage, d'autre part (1.2.3). Nous mettrons de côté le lien causal qui ne semble pas soulever de problème en matière contractuelle³⁷, si ce n'est sur la question de la prévisibilité du dommage, sur laquelle nous reviendrons dans la seconde partie de notre texte.

35. G. VINEY, *loc. cit.*, note 1 ; C. LARROUMET, *loc. cit.*, note 1, 551 ; Muriel FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Paris, PUF, 2004, n° 524, p. 598 et 599 ; P. JOURDAIN, *loc. cit.*, note 18, 74 et 75. En droit québécois, voir : Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n° 869, p. 871-876 ; Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 444.1, p. 763-767 ; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 2649, p. 1774 (particulièrement à la note 7) ; Jean PINEAU, « Brefs propos en l'air sur les avatars de la responsabilité contractuelle », dans Brigitte LEFEBVRE et Sylvie BERTHOLD (dir.), *Mélanges Roger Comtois*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 469.

36. Outre les auteurs cités à la note 35, c'est aussi l'avis de P. BRUN, *op. cit.*, note 14, n° 95, p. 56.

37. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 10, n° 1-1222, p. 1005.

1.2.1 L'évanescence d'un sujet

La responsabilité contractuelle semble toujours demeurer dans une sorte de crise identitaire. À quoi se réfère-t-elle ? Faut-il comprendre de la responsabilité contractuelle qu'elle se limite au recours en dommages-intérêts du créancier soit en complément d'une résolution ou de l'exécution en nature, soit en tant que seule sanction ? C'est de cette façon que semblent le comprendre certains auteurs³⁸, c'est aussi de cette manière que sont structurés plusieurs programmes universitaires, où la responsabilité contractuelle, limitée aux seuls dommages-intérêts, est enseignée dans le cours portant sur la responsabilité civile, les autres sanctions étant vues dans le cours sur le régime des obligations. Une telle limitation de la responsabilité contractuelle est toutefois contestable. Si le préjudice n'a pas à être établi au moment de la demande en résolution ou en exécution en nature, ce qui s'éloigne ainsi de la responsabilité, la faute contractuelle — si une telle notion est admise — doit l'être. À l'inverse, pourquoi limiter la responsabilité contractuelle à la seule sanction des dommages-intérêts, alors que la responsabilité délictuelle ou d'autres obligations légales peuvent être sanctionnées autrement (par exemple, l'exécution en nature) ? C'est bien dire que la responsabilité contractuelle, si tant est qu'elle existe, doit comprendre l'ensemble des sanctions de la faute contractuelle, ce que certains auteurs retiennent³⁹.

Cette incertitude de la notion a fait l'objet d'un premier constat par le professeur Tallon : « Selon les auteurs, [la responsabilité contractuelle] recouvre toujours les dommages et intérêts (considérés dans leur fonction réparatrice), quelquefois l'exécution en nature — qui est souvent reliée au paiement et étudiée avec le régime des obligations, jamais la résolution judiciaire⁴⁰. » Cette critique, qui peut paraître élémentaire et purement « pédagogique⁴¹ », nous semble en réalité fondamentale. Non pas pour ce qu'elle est, mais pour ce qu'elle représente. Si la notion de responsabilité contractuelle s'imposait conceptuellement, son traitement ne poserait pas

38. Voir, par exemple, J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 35, n° 444, p. 757. Bien que ces auteurs traitent de toutes les sanctions dans la partie sur l'inexécution des obligations, c'est dans la section sur l'exécution par équivalent qu'ils abordent précisément la question de la responsabilité contractuelle.

39. Voir : G. VINEY, *op. cit.*, note 1, n° 166, p. 282 ; J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 10, n°s 1-1223 et suiv., p. 1007 et suiv. ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 35, n° 770, p. 756.

40. D. TALLON, *loc. cit.*, note 27, 226. Cette critique est reprise par É. SAVAUX, *loc. cit.*, note 17, 8. Il est d'ailleurs intéressant de constater qu'une des seules sanctions propres à l'obligation contractuelle, c'est-à-dire la résolution, n'est généralement pas incluse dans la responsabilité contractuelle.

41. G. VINEY, *loc. cit.*, note 1, 938.

de problème. Or il n'en est rien. Continuellement écartelée entre la théorie générale de l'obligation et la responsabilité civile, entre le paiement et la source de l'obligation, la responsabilité contractuelle n'est plus que le résultat du mélange des genres qui consiste à passer par le canevas de la responsabilité pour exécuter une obligation. C'est, en réalité, une conséquence du fait que la faute contractuelle est une fausse notion et que le dommage joue en matière contractuelle un rôle distinct de celui qui est le sien en responsabilité délictuelle.

1.2.2 La fausseté de la notion de faute contractuelle

Nous l'avons vu, l'unité de la responsabilité civile s'est construite sur l'unité de la faute. La responsabilité est l'obligation légale, nouvelle, ayant pour objet l'indemnisation du créancier pour la violation d'une obligation préexistante du débiteur, contractuelle ou légale. Pas d'obligation préexistante, pas de faute. Pas de faute, pas d'obligation d'indemniser, donc pas de responsabilité. Un tel raisonnement, comme nous l'avons constaté, laisse place à ce que nous avons appelé l'« absorption du contrat », et, dans une plus large mesure, du droit civil par la responsabilité. L'obligation, qu'elle soit contractuelle ou légale, n'existe que pour être exécutée. Dès lors qu'elle ne l'est pas, elle disparaît : *le débiteur n'est plus obligé, il est responsable*⁴². Cette manière de voir les choses appelle deux réflexions : la question de la source de l'obligation et la distinction entre obligation et devoir.

Les sources des obligations. Il nous semble y avoir une distinction fondamentale entre la faute délictuelle et la prétendue « faute contractuelle » : la première est un élément constitutif d'une obligation légale, tandis que la seconde est l'inexécution d'une obligation contractuelle préexistante. Cette distinction revient à ce que les auteurs anciens faisaient lorsqu'ils traitaient de la responsabilité délictuelle dans les sources des obligations, renvoyant l'étude de l'inexécution contractuelle avec les effets⁴³. Certes la loi contribue à l'existence de toute obligation, mais son rôle n'est pas le même dans tous les cas. Dans l'obligation contractuelle, la loi donne les paramètres de validité de l'obligation (source matérielle, c'est-à-dire les conditions d'existence de l'obligation, soit la volonté libre et éclairée, etc.) et laisse le soin aux parties d'en déterminer le contenu. Dans le cas de la responsabilité civile, la loi détermine le contenu de l'obligation et en donne

42. Sur cette idée, voir cette citation de P. Rémy, *loc. cit.*, note 1, 44 : « mesure-t-on les changements apportés à l'idée de la force obligatoire du contrat lorsqu'on en détache ainsi l'exécution forcée pour en faire un cas de responsabilité, en laissant à l'article 1134 la seule vertu d'expliquer l'exécution spontanée de la part du débiteur ? » Voir aussi : B. MOORE, *loc. cit.*, note 23, 717 et 718.

43. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 6, n° 98, p. 103.

les sources matérielles, soit la faute, le lien causal et le préjudice. Il ne convient pas d'exporter les conditions propres à une obligation légale particulière aux autres obligations, non plus que de décréter artificiellement que l'inexécution, lorsqu'elle est contraire au contrat, est fautive, ce qui donnerait ainsi lieu à une nouvelle obligation d'indemnisation. L'inexécution est une inexécution : elle doit être sanctionnée. Cette sanction peut prendre différentes formes, dont celle de l'exécution par équivalent qui consiste en un versement de dommages-intérêts. Cependant, cette obligation n'est pas distincte, elle n'est que le paiement forcé de l'obligation préexistante. Voir là une nouvelle obligation, position défendue par Planiol⁴⁴ mais critiquée par d'autres⁴⁵, nous semble superfétatoire.

Les tenants de la responsabilité contractuelle soutiendront cependant que l'inexécution de l'obligation contractuelle ne suffit pas puisqu'elle peut être justifiée, par exemple en cas de force majeure ; en ce sens, l'inexécution doit donc être fautive⁴⁶. C'est ici que la faute agit comme force d'attraction et que le glissement se produit : *la faute n'est pas seulement la conséquence de la violation d'une obligation, mais elle la qualifie*. Pourtant, si l'inexécution peut être justifiée par une force majeure, c'est tout simplement parce que le débiteur n'y était pas *obligé*. Il n'y a aucune nécessité de justifier cela par l'absence de faute, car *l'absence d'inexécution suffit*. Ainsi, comme l'écrit Tallon, « "la faute contractuelle" cisèle alors que la faute délictuelle nivelle⁴⁷ ». C'est pourquoi toute tentative de parallélisme entre l'inexécution et la faute délictuelle, par la voie, entre autres, de la distinction entre les obligations de moyen et de résultat, représente, si ce n'est une fausseté, à tout le moins un inutile détour⁴⁸.

44. *Id.*, n° 100, p. 107 ; M. PLANIOL, *op. cit.*, note 4, n° 876, p. 286 ; C. LARROUMET, *loc. cit.*, note 1, 547. Pour une synthèse de cette conception, voir : É. SAVAUX, *loc. cit.*, note 17, 2-4.

45. Eugène GAUDEMET, Henri DESBOIS et Jean GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965, p. 391 : « [l'obligation par équivalent] ne naît pas, mais se perpétue faute d'exécution » ; M. FAURE ABBAD, *op. cit.*, note 33, p. 493 ; P. RÉMY, *loc. cit.*, note 1, 325 et 326 ; Jacques FLOUR et autres, *Droit civil : Les obligations : 3. Le rapport d'obligation*, 4^e éd., Paris, Sirey, 2006, n° 172, p. 124 ; Léon HUSSON, *Les transformations de la responsabilité : Étude sur la pensée juridique*, Paris, PUF, 1947, p. 283. Ce dernier note que même ceux qui soutiennent que l'obligation d'indemnisation est une nouvelle obligation issue de la faute contractuelle admettent que cette nouvelle obligation est *très liée, très apparentée*, qu'elle en est le *prolongement*.

46. P. ESMEIN, *loc. cit.*, note 5, 633.

47. D. TALLON, *loc. cit.*, note 27, 433.

48. La présente controverse aura également mis en lumière le caractère manichéen et presque magique de la classification entre obligation de moyen et obligation de résultat. Certes cette classification propose un modèle utile dont il serait difficile de faire totalement abstraction. Cependant, il convient de se préserver de lui donner un rôle fondamental,

À l'inverse toutefois, lorsque l'inexécution est constatée, n'est-il pas possible de dire qu'il s'agit d'une faute? Sur le plan éthique et moral, il ne fait pas de doute que l'inexécution d'un contrat auquel une personne a consenti constitue une faute, un acte moralement répréhensible, une violation du devoir de respecter son engagement. Toutefois, ce n'est pas la même faute que celle de l'article 1457 C.c.Q., source d'une obligation. Il s'agit de l'inexécution de l'obligation déjà existante et créée par le contrat. Cependant, pourrions-nous nous faire opposer, n'est-ce pas justement ce que soutenait Planiol dans sa théorie unitaire de la faute? Cette dernière est toujours la violation d'une obligation préexistante, contractuelle ou légale. Dans le contrat, cette obligation est celle qui est prévue par celui-ci, alors que, dans la responsabilité délictuelle, il s'agirait d'une obligation générale et passive de ne pas nuire à autrui. C'est cette analyse au bout du compte qui nous semble inexacte en ce qu'elle confond devoir et obligation.

Distinction entre devoir et obligation. La conception unitaire de la faute soutient que celle-ci, dans un contexte délictuel, est la violation de l'obligation générale et passive de ne pas nuire à autrui. Or cette analyse de Planiol délaisse la distinction fondamentale entre devoir et obligation⁴⁹. C'est d'ailleurs cet élément de sa théorie qui suscitera les principales critiques⁵⁰. L'obligation, selon l'article 1371 C.c.Q. qui reprend la définition classique, est un lien entre des personnes qui porte sur une prestation déterminée ou déterminable, consistant à faire ou à ne pas faire quelque chose (art. 1373 C.c.Q.). Rien de cette définition ne se rencontre dans l'éventuelle obligation générale de ne pas nuire à autrui: ni créancier déterminé⁵¹ ni

comme le préconisait Henri Mazeaud. De plus, il est important de bien comprendre sa portée. Ainsi, il nous semble critiquable de créer un parallélisme entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle en appliquant aux régimes spéciaux de responsabilité – fait des choses, fait d'autrui ou fait des animaux – le schéma obligation de moyen et obligation de résultat. L'obligation d'indemniser, dans la mesure où elle consiste dans le versement d'une somme d'argent, est, pour quiconque souhaite appliquer cette catégorie, une obligation de garantie. Les articles 1459 à 1469 C.c.Q. posent simplement le fardeau de preuve afin d'établir l'existence de l'obligation. Ici encore, il faut distinguer la source de l'obligation – et la preuve pour l'établir – de son contenu.

49. Évidemment, Planiol conteste l'existence d'une telle distinction: M. PLANIOL, *op. cit.*, note 4, n^{os} 876 et 877, p. 286; H. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 6, 37; Paul-André CRÉPEAU, «La fonction du droit des obligations», (1998) 43 *R.D. McGill* 729, 741-743.

50. Voir: E. GAUDEMET, H. DESBOIS et J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 45, p. 390. Dans son titre concernant la distinction entre la responsabilité délictuelle et l'inexécution du contrat, Gaudemet écrit: «Comparaison entre la responsabilité du fait dommageable et la responsabilité pour inexécution d'une obligation».

51. Le professeur Crépeau soutient qu'il n'y a pas là qu'un simple devoir à l'égard d'une personne indéterminée et que, de plus, cette personne est parfois précisément déterminée. À ce titre, il donne l'exemple des relations de parenté ou de voisinage (art. 976

objet, tout au plus une vague norme de « civilité », de bonne conduite. Ce sont là les éléments propres à l'existence d'un *devoir*. La distinction entre inexécution du contrat et délit se profile donc : la première touche la violation d'une obligation : le second, la violation d'un devoir, créatrice d'une obligation d'indemniser la victime. La distinction n'est pas pure argutie et possède plusieurs utilités.

D'abord, cette distinction a l'avantage de remettre conceptuellement les choses à leur place et d'éviter les mélanges de genre. Prenons, par exemple, le débat portant sur le caractère obligatoire d'une offre assortie d'un délai⁵². Certains opposaient à un éventuel recours en responsabilité délictuelle la nécessité, pour qu'il y ait une faute dans le retrait de l'offre, qu'il y ait eu une obligation préexistante de maintenir cette offre. Or il n'en était rien. Ce raisonnement participe de la pétition de principe et disparaît lorsqu'un sens est donné à la distinction entre devoir et obligation : l'auteur d'une offre a le devoir de ne pas nuire à autrui par un comportement négligent ou indélicat. Le fait pour lui de créer une attente chez le destinataire d'une offre et de la retirer avant l'expiration de ce délai est une violation de ce devoir et donne naissance à une obligation d'indemniser la victime.

En ce sens, l'article 1457 C.c.Q. contribue à reconceptualiser les notions lorsqu'il pose que toute personne a le *devoir* de respecter les règles de conduite et que, si elle viole ce devoir, elle a l'*obligation* d'indemniser la victime, de réparer le préjudice ainsi causé⁵³. Toutefois, cette mise en ordre est immédiatement fragilisée par l'article 1458, lequel pose, toujours dans cette volonté de parallélisme, que toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés. Or, il ne s'agit plus ici d'un simple devoir mais bel et bien d'une obligation⁵⁴. La symétrie entre ces deux dispositions est très certainement la consécration législative ultime de la thèse unitaire de Planiol, même si elle s'en éloigne quelque peu en ce que la faute n'est plus la violation d'une obligation mais d'un devoir. *En fait, au lieu de faire d'un devoir une obligation, on fait de l'obligation un devoir.*

La confusion entre obligation et devoir donne aussi un éclairage nouveau à l'absence de nécessité d'une mise en demeure en matière délictuelle. Cette règle, qui laisse souvent perplexe, s'expliquerait, selon

C.c.Q.). Toutefois, dans ces cas, il y a précisément de véritables obligations *légales* dont les conditions d'existence, l'objet et le créancier sont déterminés : P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 49, 742.

52. Ce débat est aujourd'hui réglé par l'article 1390 C.c.Q.

53. C'est le cas même si le terme « obligation » n'apparaît pas dans le texte de l'article, au profit des termes « responsable » et « doit ».

54. Sont de cet avis : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 35, n° 344, p. 759, à la note 1520.

certain, par le fait que la responsabilité délictuelle sanctionne la violation d'une obligation de ne pas faire — ne pas nuire à autrui — et qu'en conséquence il y a demeure de plein droit (art. 1597, al. 2 C.c.Q.; art. 1070 C.c.B.C.). Or cette règle ne tient pas et devrait, selon nous, être abandonnée puisqu'il n'y a pas eu violation d'une obligation de ne pas faire mais bien la violation d'un devoir et la création d'une obligation d'indemniser une victime qui est indubitablement une obligation de faire⁵⁵. C'est pourquoi les dommages-intérêts moratoires (art. 1618 C.c.Q.) ne courent pas dès la commission de l'acte fautif : la «demeure» dont parle l'article 1618 sera la date de réception d'une mise en demeure extrajudiciaire ou encore, lorsque celle-ci n'est pas suffisamment circonscrite pour entraîner un retard à payer chez le débiteur, par l'institution de l'action en justice (art. 1594). Jamais les tribunaux n'ont fait courir les dommages moratoires dès le moment où la faute est commise et jamais ils ne le feront : le débiteur n'est tout simplement pas en demeure avant d'être averti de l'existence de l'obligation de faire qui pèse dorénavant sur lui⁵⁶.

Enfin, la distinction entre devoir et obligation nous semble permettre, comme certains l'ont soutenu plus récemment⁵⁷, de distinguer ce qui découle de l'inexécution du contrat de ce qui n'en découle pas, c'est-à-dire ce qui fait ou non partie du contenu contractuel.

Distinction entre devoir et obligation contractuelle. La responsabilité contractuelle produit une extension du domaine du contrat, en lui donnant un rôle nouveau, celui de l'indemnisation de la victime d'un préjudice subi à l'occasion du contrat. Si cette victime est un tiers au contrat, l'indemnisation se fait sur une base délictuelle. Si elle est partie au contrat, l'indemnisation a lieu sur une base contractuelle, généralement sur le fondement d'obligations implicites, telle l'obligation de sécurité. Le contrat semble imprimer sa force, il crée une microsociété dans laquelle il contrôle tout, absorbe tout. Toutefois, cela «prend l'allure d'un Himalaya d'absurdités : comment peut-on à la fois refuser l'option et soumettre à des régimes différents le dommage identique causé, dans les mêmes circonstances, à un

55. D'ailleurs, même si nous retenons l'analyse de Planiol, soit qu'il y a eu violation d'une obligation et création d'une nouvelle obligation, celle d'indemniser la victime, il serait illogique dans ce cas de ne pas exiger de mise en demeure. En effet, aux termes de cette conception, le créancier entend exiger l'exécution, nouvelle, d'indemnisation, laquelle est une obligation de faire.

56. Sur toute cette question, voir Daniel GARDNER, *L'évaluation du préjudice corporel*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 557 et suiv.

57. Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat : Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000; M. FAURE-ABBAD, *op. cit.*, note 33, n^{os} 137-140, p. 112-114.

cocontractant et à des tiers?⁵⁸» La difficulté réelle de frontières entre le contrat et le non-contrat⁵⁹ semble découler de l'absorption, dans le contrat, de devoirs qui sont hissés, de manière quelque peu péremptoire, au statut d'obligations contractuelles. L'analyse de ces « obligations » permet pourtant de les écarter du contenu du contrat parce qu'elles ne s'imposent pas aux parties *en tant que contractants* : ces normes préexistent pour tous⁶⁰.

C'est le cas de ces « obligations » implicites au contrat, tout spécialement l'obligation de sécurité. Cette « obligation » n'est en réalité que la transcription, dans le contrat, du devoir général de ne pas nuire à autrui. Certes, il est possible de le contractualiser⁶¹ pour l'aménager, à la hausse ou à la baisse, dans le contrat. Mais pourquoi, lorsque cela n'est pas le cas, l'intégrer, de force, au contrat ?

De même, par extension, il en va des « obligations » qui sont rattachées à la bonne foi, soit l'obligation de loyauté, d'information, de coopération⁶².

58. P. RÉMY, *loc. cit.*, note 1, 33.

59. La disparition de la responsabilité contractuelle ne supprimera pas totalement cette difficulté. Dès lors qu'il y a un contrat, il existera nécessairement une frontière entre ce qui est à l'intérieur de celui-ci et ce qui n'y est pas. Nous sommes toutefois d'avis que la théorie de l'inexécution contractuelle en simplifie nettement les contours.

60. Sur la distinction entre obligation contractuelle, laquelle a pour objet la réalisation matérielle du contrat, et les devoirs contractuels, lesquels constituent des codes de conduite, une norme de comportement, voir : M. FAURE-ABBAD, *op. cit.*, note 33, n^{os} 137-140, p. 112-114. Cette auteure distingue (p. 132-134) les obligations primaires, lesquelles sont indispensables à la fonction économique du contrat, les obligations secondaires, lesquelles soutiennent la réalisation du contrat, des obligations fictives ou des devoirs contractuels qui, eux, concernent l'indemnisation de la victime. Voir aussi : P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note 57, n^o 148, p. 134. Aux yeux de cet auteur, la bonne foi ne crée pas d'obligation contractuelle parce qu'elle ne naît pas du contrat et qu'elle est d'une portée générale et morale.

61. Cela peut être fait notamment par la loi, comme l'énonce l'article 2037 C.c.Q. en matière de contrat de transport.

62. Sur les obligations implicites dans le contrat, voir D. LUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 35, n^{os} 1557 et 1976-2014, p. 817 et 1067-1097. Il est très intéressant de constater que la bonne foi joue, dans le contrat, le rôle de nivellement que la faute joue en matière délictuelle : voir Xavier DIEUX, « Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : Principe général de droit (l'exemple d'un ordre juridique frontalier) », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 271. La bonne foi devient la gardienne de la raisonnable du comportement à l'intérieur du contrat, ce que fait la faute à l'extérieur : cette analogie a été faite par la Cour suprême dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122, ce qui ne l'a pas empêchée de soumettre l'abus de droit contractuel à la responsabilité contractuelle, contrairement au droit français. Cependant, c'est maintenant au tour de la bonne foi de sortir du contrat pour atteindre les terrains précontractuels et postcontractuels (art. 1375 C.c.Q.), soit ceux-là qui sont soumis à la responsabilité délictuelle. La bonne foi prend alors la place de la faute comme norme

Elles ne sont que la transcription dans le contexte du contrat «de la règle de civilité [...] de l'honnête homme *in* comme *ex contractu*, dans l'exercice et hors l'exercice de ses droits⁶³». Elles ne contiennent pas la détermination suffisante pour constituer de véritables obligations contractuelles. De la nature de devoirs généraux de civilité, elles devraient en principe être exclues du contrat. Il faut ramener le contrat à ce qu'il est, la prévision des parties sur un intérêt donné, sur une fonction économique spécifique⁶⁴. À l'autre bout du spectre, si le dommage dans ces cas est né à l'occasion du contrat, il n'est pas pour autant contractuel. Il ne découle pas des prévisions des parties, de l'intérêt *créé* par le contrat⁶⁵.

1.2.3 La remise en question de l'utilité et de la nature du dommage contractuel

Le parallélisme entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle se présente aussi par l'exigence, dans les deux cas, d'un dommage. La responsabilité a pour objet l'indemnisation de la victime d'un dommage, et celui-là doit donc exister pour que l'obligation *naisse*. Une faute sans dommage ne peut créer d'obligation d'indemniser une victime puisqu'il n'y a rien à indemniser. La responsabilité contractuelle doit, en toute logique, être soumise à la même règle. Or lorsque le raisonnement s'écarte de l'imprégnation de la responsabilité pour retenir la conception de l'inexécution de l'obligation, le dommage contractuel est soit inutile, soit requis pour établir et quantifier l'intérêt à agir en justice⁶⁶. Toutefois, il ne joue jamais le rôle du dommage de l'article 1457 C.c.Q., lequel est une condition d'existence de l'obligation. Dans l'inexécution contractuelle, l'obligation préexiste : c'est celle qui est née du contrat.

Ainsi, le dommage ne peut, en toute logique, être exigé lorsque la seule sanction demandée est celle de l'exécution en nature ou de la résolution. Le droit à la sanction existe pour le créancier du seul fait de l'inexécution de l'obligation contractuelle. Dans le premier cas, le paiement se fait en

de comportement. Ce constat, que fait le professeur Stoffel-Munck, l'amène à conclure, à juste titre, que ces devoirs issus de la bonne foi ne sont pas du domaine du contrat mais du délit : P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note 57, n^{os} 177 et 342-343, p. 165 et 287. Voir aussi : M. FAURE-ABBAD, *op. cit.*, note 33, n^o 144, p. 117 ; Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 421, à la note 970 ; *contra* : P. BRUN, *op. cit.*, note 14, n^o 135, p. 78.

63. P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note 57, n^o 90, p. 87.

64. Voir : M. FAURE-ABBAD, *op. cit.*, note 33, n^{os} 137-140, p. 112-114.

65. Sur cette idée : Adrian POPOVICI, «Tendances récentes du droit de la responsabilité civile au Québec», dans *op. cit.*, note 18, p. 129, aux pages 139 et 140.

66. D. TALLON, *loc. cit.*, note 27, 1.

nature ; dans le second cas, l'obligation corrélative disparaît. Le préjudice ne devient un élément nécessaire que lorsque le créancier demande des dommages en plus de l'exécution en nature ou la résolution ou encore l'exécution par équivalent. Ici encore les dommages réclamés ne présentent ni la même nature ni la même fonction que le dommage de la responsabilité délictuelle. Dans le contrat, il n'est pas un élément nécessaire à l'existence de l'obligation. Il ne sert qu'à quantifier l'intérêt du créancier ; il constitue le *paiement*, sous une forme dérivée, de l'obligation contractuelle⁶⁷.

Certains opposeront toutefois que, si la « responsabilité contractuelle » possède un aspect d'exécution, il est par contre impossible de lui nier aussi un rôle de réparation des suites de cette inexécution, par exemple les pertes de profits causées par la non-livraison d'un bien vendu. La preuve d'un dommage n'est pas requise dans le premier cas, mais elle l'est dans le second. Il n'est donc pas possible, ni utile, d'écarter de la « responsabilité contractuelle » tout élément de réparation, et il devient tout aussi inutile, car impossible, de tenter de tracer une frontière entre les deux rôles distincts de réparation et d'inexécution⁶⁸. Ces critiques sont en large partie fondées, et, effectivement, rien ne sert d'écarter de la « responsabilité contractuelle » tout élément de réparation. Cependant, cela n'est pas une conséquence *nécessaire* de l'abandon de la « responsabilité contractuelle ». Rien n'oblige en effet à emprunter un parallélisme inutile avec la responsabilité délictuelle au seul motif qu'il y a, dans les deux cas, réparation d'un préjudice. Il suffit de retenir que l'exécution par équivalent ne s'entend pas uniquement comme « l'équivalent de l'avantage promis, mais plus largement de l'équivalent de l'intérêt qu'avait le créancier à l'exécution du contrat, pour cette raison simple que le contrat n'est légalement formé que par l'intérêt et que les dommages-intérêts, sanction de l'inexécution, ont *a priori* pour raison d'être de le protéger s'il est effectivement lésé⁶⁹ ». C'est donc un retour à un dommage qui entend quantifier l'intérêt à protéger plutôt que de créer

67. P. LE TOURNEAU et L. CADIET, *op. cit.*, note 26, n° 806.

68. C. LARROUMET, *loc. cit.*, note 1, 544 ; J. FLOUR et autres, *op. cit.*, note 45, n° 172, p. 124 (le passage entre les deux est « insensible ») ; G. VINEY, *loc. cit.*, note 1, 937.

69. Yves-Marie LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, n° 105, p. 156. Les propos de cet auteur sont particulièrement éclairants. Il explique la controverse par l'élégance : l'élégance, d'une part, de l'unité de la responsabilité civile, recherchant une symétrie entre l'ordre délictuel et l'ordre contractuel ainsi que, l'élégance, d'autre part, d'un droit pur des contrats. Pour lui, si la responsabilité contractuelle est un « concept juridiquement concevable », il n'est pas nécessaire de la bâtir en parallèle avec la responsabilité délictuelle. Toutefois, si la communauté des termes amène ce résultat, on peut aussi préférer les vocables « inexécution contractuelle » et « exécution par équivalent » pour désigner des dommages compensatoires.

une obligation⁷⁰. Certains ont soutenu qu'il s'agissait là d'une distinction verbeuse, d'une fiction difficilement justifiable : il ne saurait être question de parler de paiement par équivalent puisque le créancier ne reçoit pas ce qu'il devait recevoir aux termes du contrat⁷¹. Certes, il y a un peu d'image là-dedans, mais elle nous semble moins fausse que celles qui sont empruntées par la « responsabilité contractuelle ». Elle permet même d'éclairer certains aspects de l'inexécution contractuelle.

Cette manière de concevoir le dommage contractuel, loin de nier la nécessaire réparation due au créancier pour les conséquences de l'inexécution, permet au contraire d'en faire ressortir ses particularismes. Ainsi, les dommages réclamés dans le contexte de l'exécution par équivalent n'ont pas pour objet de remettre le créancier dans l'état où il aurait été si le contrat n'avait pas été conclu—l'intérêt négatif—, ce qui serait le cas dans le contexte d'une véritable réparation à l'image de la responsabilité délictuelle. Ils cherchent plutôt à mettre le créancier dans l'état où il aurait dû être si l'obligation avait été exécutée—l'intérêt positif⁷². Il s'agit alors davantage pour lui d'une *compensation* que d'une *réparation*. Cet élément, même pour les auteurs qui refusent de saborder la théorie de la responsabilité contractuelle, constitue l'un des acquis importants du débat⁷³.

Ensuite, et surtout, les dommages sont ainsi ramenés à l'intérêt protégé par le contrat, tandis qu'est supprimé de celui-ci le rôle d'indemnisation de

70. Il est possible, sur ce point, de faire un parallèle avec la clause pénale. Une controverse existe à savoir si la preuve de l'absence de préjudice pour le créancier empêche celui-ci d'invoquer la clause pénale. Certains sont d'avis qu'une telle preuve neutralise la clause pénale, car sans préjudice il ne peut y avoir de responsabilité (J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 35, n° 466, p. 787 ; *contra* : J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 35, n° 901, p. 913 ; voir aussi des propos plus nuancés : D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 35, n° 3003, p. 1807 et 1808). Nous voyons, ici encore, une conséquence du parallélisme recherché avec la responsabilité contractuelle. Le dommage a pour objet de quantifier l'intérêt protégé des contractants et non de créer une obligation qui existe déjà. Lorsque les parties spécifient expressément, par une clause pénale, la valeur de cet intérêt, elles facilitent simplement le rôle du tribunal. Certes, par certaines dispositions, dont l'article 1623 C.c.Q., cette clause peut être révisée, eu égard, entre autres critères, à l'inexistence du dommage ou à son importance, mais ce contrôle est exceptionnel et ne concerne que la protection d'un contractant. Il ne change aucunement la nature de la clause. Voir *Robitaille c. Gestion L. Jalbert inc.*, J.E. 2007-1563 (C.A.).

71. P. JOURDAIN, *loc. cit.*, note 18, 68 et 69.

72. Sur cette distinction entre intérêt positif et intérêt négatif : Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, note 69, n° 106 et suiv., p. 157 et suiv. L'intérêt positif est celui qui sera protégé dans l'exécution par équivalent, tandis que l'intérêt négatif est celui qui sera protégé au moment de l'octroi de dommages accompagnant une résolution ou encore en matière de contrat à titre gratuit. Voir aussi : M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, note 35, n° 224, p. 600.

73. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, note 35, n° 224, p. 600.

la victime d'un préjudice subi à l'occasion du contrat et issu de la violation d'une norme comportementale. Ce gonflement artificiel du contrat est aussi la cause, à tout le moins en partie, du problème de l'interdiction de l'option. S'il est admis que chaque « ordre de responsabilité » répond à une fonction différente, il est dès lors logique de ne pas pouvoir utiliser un régime pour sanctionner ce que l'autre devrait faire⁷⁴. Cependant, dès lors qu'est donnée au contrat une fonction d'indemnisation comparable à celle de la responsabilité délictuelle, deux ordres de responsabilité se profilent, ordres dont les règles sont différentes mais qui concernent un même dommage. L'interdiction de l'option devient alors illogique, d'autant qu'elle est imposée pour protéger l'intégrité du contrat et la volonté des parties... qui n'ont jamais eu la volonté de contracter sur ce sujet⁷⁵.

Conclusion de la première partie. La thèse à laquelle nous souscrivons peut *a priori* sembler subversive et vouloir faire table rase du passé. Il

74. L. LETURMY, *loc. cit.*, note 33, 871 ; P. BRUN, *op. cit.*, note 14, n° 114, p. 67.

75. Voir É. SAVAUX, *loc. cit.*, note 17, 10. Nous percevons cette antinomie dans la proposition que fait la professeure Viney pour une interprétation restrictive de l'article 1458 C.c.Q. : Geneviève VINEY, « Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus de l'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (article 1458 deuxième alinéa du Code civil du Québec) », (1994) 39 *R.D. McGill* 813, 825 ; voir également : G. VINEY, *op. cit.*, note 1, n° 239, p. 434. Selon cette auteure, il ne faudrait appliquer la règle de l'interdiction de l'option que lorsqu'il est *question de l'inexécution du contrat à proprement parler*. Lorsque le préjudice concerne la violation d'une norme générale de comportement, l'option devrait être permise. Sont aussi de cet avis : J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 10, n° 1-55, p. 37 et 38 ; *contra* : J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 35, n° 797, p. 783. Toutefois, à bien y réfléchir, ce n'est que dans ces cas que la question de l'option se pose puisque, pour pouvoir opter, encore faut-il que le créancier ait un choix, c'est-à-dire que les deux ordres de responsabilité aient vocation à s'appliquer. Or, lorsque l'intérêt protégé du créancier découle exclusivement de l'intérêt créé par le contrat (la livraison du bien acheté, par exemple), seul le régime contractuel peut logiquement s'appliquer. Le régime délictuel n'aura vocation à s'appliquer que s'il est considéré que le non-respect du contrat constitue aussi une faute délictuelle aux termes de l'article 1457 C.c.Q. – la violation du devoir de ne pas nuire à autrui en ne respectant pas sa parole donnée, ce qui est un raisonnement plutôt fragile. C'est ici encore une conséquence du parallélisme et de l'absorption du contrat par la faute délictuelle. Cela se voit d'ailleurs dans la doctrine sur l'option, laquelle précise toujours que, pour que la question de l'option se présente, encore faut-il que le créancier ait un choix. Cependant, aussitôt ce principe est-il énoncé que les auteurs ne se limitent plus qu'à insister sur l'existence d'un contrat, tenant ainsi pour acquis l'existence d'une faute délictuelle (voir, par exemple : P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 10, 530 et 531). C'est donc dire, il nous semble, que la proposition d'interprétation restrictive de la professeure Viney – ne pas appliquer l'article 1458, al. 2 C.c.Q. lorsque la violation du contrat constitue *aussi* la violation d'une norme générale de comportement – paraît revenir à accepter purement et simplement l'option puisque ce n'est que dans ce cas qu'elle est possible.

s'agit pourtant simplement de revenir à une conceptualisation plus exacte des choses. La responsabilité civile est une obligation légale, spécifique, laquelle concerne la réparation d'un préjudice causé à autrui par la violation d'un devoir général de comportement. Cette obligation naît au moment de la rencontre de certains éléments que sont le préjudice, le lien causal et, en principe mais pas toujours, la faute.

Le contrat, quant à lui, est une obligation formée par la volonté de parties qui s'engagent à l'exécuter. L'inexécution de cette obligation est une inexécution, simplement. Elle se déduit par l'interprétation du contenu de l'obligation et elle ouvre la porte à une panoplie de sanctions. Une de ces sanctions est l'octroi d'une somme d'argent pour équivaloir à l'exécution et réparer les conséquences issues de l'inexécution. Cette compensation a pour objet de protéger les intérêts créés par le contrat. Dès lors qu'un intérêt découle d'une norme générale de comportement, existant à l'extérieur du contrat, l'indemnisation de la victime ne concerne plus le contrat mais la responsabilité délictuelle.

Évidemment, d'autres solutions peuvent être proposées, tel le maintien des deux ordres de responsabilité accompagné d'un « dégraissage » sérieux du contenu contractuel⁷⁶. Ou encore l'adoption de régimes spéciaux d'indemnisation, par exemple pour le préjudice corporel⁷⁷. Ou, enfin, l'introduction dans le contrat du régime de la responsabilité civile mais cette fois intégralement, en incluant les présomptions de faute et de responsabilité⁷⁸. Le résultat reviendrait au même mais par une méthode exactement opposée. L'intérêt de cette solution, peut-être intellectuellement la moins satisfaisante, est qu'elle peut s'envisager sans modification législative. Essayons de voir s'il n'existe pas une autre façon de parer au plus pressé.

2 Un accommodement raisonnable pour les victimes d'un préjudice corporel

Le point qui revient toujours, chez les tenants d'une application des présomptions légales de faute et de responsabilité en matière contractuelle, c'est l'iniquité d'une solution contraire pour les victimes d'un préjudice *corporel*. La lecture des textes de Claude Fabien (au Québec) et de Philippe Rémy (en France) fait bien ressortir ce point et montre leur sensibilité à l'égard de ces victimes, enfermées dans un carcan qui ne favorise pas leur pleine indemnisation pour le préjudice qu'elles ont subi. À partir de là,

76. Voir : P. JOURDAIN, *loc. cit.*, note 18, 74 et 75 ; G. VINEY, *op. cit.*, note 1, n° 234, p. 427.

77. Voir : G. VINEY, *op. cit.*, note 1, n° 243, p. 444.

78. Voir : Claude FABIEN, « Les présomptions légales de faute et de responsabilité s'appliquent-elles au contrat ? », (2006) 85 *R. du B. can.* 373.

serait-il possible d'élaborer une solution d'application immédiate, ne nécessitant aucune intervention législative, qui permettrait d'écarter les victimes d'un préjudice corporel du débat à venir sur le maintien ou la disparition de la responsabilité contractuelle ? Nous le croyons, et c'est ce qui fera l'objet de la seconde partie du présent texte.

D'entrée de jeu, on signalera que même pour les tenants du maintien de la dualité de régimes, une telle solution apparaît souhaitable. Ainsi, en France, l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, communément appelé le « rapport Catala », propose de maintenir l'interdiction de l'option entre les régimes de responsabilité, avec une « exception très importante au profit des victimes de dommages corporels. Il a paru en effet souhaitable de permettre à celles-ci d'opter en faveur du régime qui leur est le plus favorable »⁷⁹.

Plusieurs arguments peuvent être apportés en faveur de la reconnaissance d'une solution propre aux victimes d'un préjudice corporel.

2.1 Une solution de continuité en jurisprudence

La solution que nous avançons ici, loin de rompre avec l'Histoire, permettrait au contraire de s'inscrire en continuité avec l'idée qui sous-tend l'évolution du droit depuis plus d'un siècle et demi, soit celle qui cherche à favoriser l'indemnisation des victimes d'un préjudice corporel. La montée en puissance de la responsabilité contractuelle et le gonflement du contrat par la découverte d'obligations implicites ne s'expliquent historiquement que pour ce motif.

Le cas des accidents du travail. Dès le milieu du XIX^e siècle, avec le Belge Sainctelette, la doctrine a tenté d'échapper à la rigueur de la faute délictuelle, telle qu'elle était comprise à l'époque par la jurisprudence, afin de favoriser l'indemnisation des travailleurs victimes de l'industrialisation et de la hausse vertigineuse des accidents du travail. C'est un professeur de droit de Lyon, Marc Sauzet, qui a le mieux exposé cette idée nouvelle dans un texte publié en 1883 :

Je conclus : dans une industrie dangereuse, quand un contrat de louage d'ouvrage intervient entre un patron et un ouvrier, la nature même de la convention, envisagée conformément à l'intention des parties, impose au patron l'obligation de prendre toutes les mesures propres à assurer la sécurité des ouvriers.

Conséquence : si un accident se produit, c'est au patron, défendeur à l'action en dommages-intérêts, à prouver qu'il a satisfait à cette obligation, c'est-à-dire,

79. Geneviève. VINEY, « Exposé des motifs », dans Pierre CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 161.

qu'il a usé de tous les moyens préventifs possibles pour écarter le danger; en d'autres termes, que l'accident est le résultat d'un cas fortuit ou d'une faute de l'ouvrier⁸⁰.

Il s'agissait donc ni plus ni moins de reconnaître l'équivalent d'une présomption de responsabilité pesant sur le patron.

Cette tentative d'amélioration du sort des travailleurs, non suivie en jurisprudence, est devenue sans objet lorsque la France (en 1898), la Belgique (en 1903) et le Québec (en 1909) ont établi des régimes légaux d'indemnisation automatique. Le législateur a ainsi dépassé la solution proposée par ces auteurs, où la reconnaissance d'une obligation contractuelle de sécurité n'aurait pas empêché l'employeur de se dégager de sa responsabilité en cas de force majeure ou de faute de la victime.

Toutefois, l'idée d'une obligation implicite de sécurité allait être exportée en d'autres domaines.

Le cas des accidents de transport. Au tournant du xx^e siècle, il est apparu naturel de transposer le concept de l'obligation de sécurité à des contrats présentant un danger particulier pour l'une des parties. D'abord invoquée en matière de responsabilité ferroviaire, puis en matière de véhicule terrestre à moteur et, enfin, dans le domaine du transport aérien, cette nouveauté a reçu le soutien de la Cour de cassation française dès 1911⁸¹ et n'a depuis jamais cessé de se développer. Le professeur Le Tourneau peut ainsi écrire que la jurisprudence «a découvert, au titre des «suites» de l'article 1135 du Code civil [l'équivalent de l'article 1434 C.c.Q.], une obligation de sécurité du transporteur envers son client» et que cette obligation de sécurité est «destinée à favoriser le recours de la victime»⁸².

Au Québec, les tribunaux ont tout d'abord tenté d'étendre la portée d'une disposition édictée en matière de transport de marchandises, l'article 1675 C.c.B.C., à la responsabilité du transporteur de passagers, jusqu'à ce que la Cour suprême y mette son veto⁸³. Sous l'influence de la jurisprudence française, certains se sont alors tournés vers la *contractualisation*

80. Marc SAUZET, «De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels», (1883) 12 *R.C.L.J.* 596, 626 et 627.

81. Cass. Civ. 21 nov. 1911, S.1912.1.73, note Lyon-Caen. Jusqu'à cette date, la qualification *délictuelle* de la responsabilité du transporteur était fermement établie: Cass. Civ. 11 nov. 1884, S.1885.1.129.

82. Philippe LE TOURNEAU, *Répertoire commercial*. Dalloz, voir «Contrat de transport», n° 96.

83. *Canadian Pacific Railway Co. c. Chalifoux*, (1894) 22 R.C.S. 721. L'article 1675 prévoyait une responsabilité pour «la perte ou les avaries des choses qui leur sont confiées», à moins que le voiturier ne prouve qu'elles «ont été causées par cas fortuit ou force majeure, ou proviennent des défauts de la chose elle-même».

de l'obligation du transporteur, après bien des atermoiements qui n'ont été clairement levés par la Cour d'appel que durant les années 70, toujours en se référant aux obligations implicites du contrat⁸⁴.

Tout comme en matière d'accidents du travail, le législateur a ici dépassé la solution jurisprudentielle nouvelle en édictant un régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité pour la majorité des accidents de transport. Nous y reviendrons à la fin de la présente section.

Une obligation générale de sécurité. Comme il fallait s'y attendre, la doctrine et la jurisprudence ne se sont pas arrêtées en si bon chemin. Pour le juge Mayrand, «il va de soi qu'un hôtelier doit prendre les précautions raisonnables pour assurer la sécurité d'une employée qui doit travailler et loger dans son établissement» et que sa responsabilité est donc contractuelle⁸⁵. L'obligation de sécurité a été imposée au propriétaire d'un immeuble résidentiel à l'égard de ses locataires⁸⁶, à l'exploitant d'une plage⁸⁷, etc. En vertu du *Code civil du Québec*, cela a donné lieu parfois à des énoncés surprenants, par exemple dans cette affaire où des blessures avaient été causées à la cliente d'un bar par le portier de l'établissement :

[28] Lorsque Mme Chantal est devenue cliente de la défenderesse le soir du 16 octobre 2003, il s'est créé, sur le plan juridique, un contrat verbal explicite par lequel Mme Chantal s'est engagée, contre rémunération, à se divertir en respectant les *règlements de la maison* en contrepartie de quoi *Palace Cabaret* lui a permis l'accès à ses lieux, à ses consommations et à ses divertissements en toute sécurité. C'est donc ce fondement contractuel qui sert d'assise à l'examen des faits qui se sont produits ce soir-là impliquant Mme Chantal et l'employé Morin.

[29] Les articles 1458 et 1463 prévoient : [citation omise de ces deux dispositions]⁸⁸.

Ainsi, pour le tribunal, non seulement le fait de porter atteinte à l'intégrité physique d'une cliente fait partie de la sphère contractuelle, mais cette qualification ne l'empêche pas de citer côte à côte la disposition du Code civil empêchant l'option (art. 1458) et une présomption de responsabilité en apparence destinée au domaine extracontractuel (art. 1463)!

Un motif louable. Que ce soit au Québec ou en France, le même leit-motiv a guidé la doctrine et la jurisprudence dans cette montée en puissance

84. *Surprenant c. Air Canada*, [1973] C.A. 107. Voir également Paul-André CRÉPEAU, «Réflexions sur le fondement juridique de la responsabilité civile du transporteur de personnes», (1960) 16 *R.D. McGill* 225.

85. *Hôtel St-Roch c. Laroche*, C.A.Q. n° 200-0539-74, 18 mars 1977, p. 4.

86. *Blueridge Investment c. Berthiaume*, [1967] B.R. 450 (résumé). Cette obligation est aujourd'hui codifiée à l'article 1912 C.c.Q.

87. *Provost c. Petit*, [1969] C.S. 473.

88. *Chantal c. 9022-1672 Québec Inc.*, 2007 QCCQ 6980.

de la responsabilité contractuelle. C'est ainsi que Josserand faisait précéder la critique de cette construction nouvelle par la constatation suivante : « sans doute, la préoccupation dont elle procède est fort louable ; on veut assurer la réparation d'un dommage injuste en allégeant le fardeau probatoire de la victime⁸⁹ ». Cependant, comme nous venons de le constater avec la décision rapportée au paragraphe précédent, cela se fait parfois au mépris des règles législatives en vigueur.

Une solution de continuité. Notre proposition en vue d'alléger le fardeau de preuve des victimes d'un préjudice corporel ne s'inscrit donc pas en rupture avec l'évolution du droit de la responsabilité civile, mais au contraire dans une solution de continuité. À une époque où la notion de faute délictuelle était comprise de façon restrictive et où l'existence même des présomptions légales était disputée⁹⁰, il était normal de tenter d'échapper à ces écueils par un gonflement artificiel du contrat. L'article 1024 C.c.B.C., devenu l'article 1434 C.c.Q. sans aucune modification, constituait alors le véhicule idéal permettant de justifier une telle évolution, en raison de la généralité des termes employés. Aujourd'hui, une telle extension du contrat se retourne paradoxalement contre les victimes d'un préjudice corporel⁹¹, celles au profit de qui les obligations contractuelles implicites ont justement été inventées !

Le problème, à l'heure actuelle, est que la victime d'un préjudice corporel doit théoriquement, si elle est liée au responsable de son malheur par un contrat, se passer du secours de présomptions légales aux contours bien définis et se rabattre sur une obligation implicite de sécurité dont la portée est incertaine⁹². En effet, même s'il est généralement soutenu que l'obligation de sécurité correspond à une présomption de responsabilité empêchant le débiteur de s'exonérer par une preuve de bonne conduite, il s'en faut de beaucoup pour que la jurisprudence y donne toujours un

89. Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 2^e éd., Paris, Sirey, 1932-33, n° 487, p. 262.

90. Rappelons que l'existence d'une présomption légale en matière de responsabilité du fait des choses a été niée jusqu'aux années 20 par la Cour suprême du Canada, à l'exception notable du juge en chef Fitzpatrick dans l'affaire *Shawinigan Carbide Co. c. Doucet*, (1909) 42 R.C.S. 281 ; la lecture des motifs du juge Girouard dans cette même affaire est éclairante sur ce point. Il en a été de même en ce qui concerne la responsabilité du fait des immeubles (article 1055, al. 1 C.c.B.C., devenu l'article 1467 C.c.Q.). La même situation avait été vécue en France, quelques décennies plus tôt.

91. Voir C. FABIEN, *loc. cit.*, note 78. Les exemples donnés par cet auteur dans son texte sont révélateurs du glissement qui s'est opéré en la matière.

92. Cela sera le cas, à moins que le juge ne décide d'appliquer sans discussion ces présomptions légales en matière contractuelle (voir *Chantal c. 9022-1672 Québec Inc.*, précitée, note 88), ce qui apporte encore plus de confusion en la matière.

tel effet⁹³. Comme l'indiquait Carbonnier il y a plus d'un demi-siècle, «il règne une grande incertitude sur la liste des contrats où une obligation de sécurité doit être entendue⁹⁴».

Par ailleurs, si, à l'origine, la contractualisation de l'obligation de sécurité avait pour objet de faire bénéficier la victime de la théorie de la faute contractuelle présumée, cette contractualisation en est venue à nuire à la victime d'abord parce qu'il arrivait que l'obligation contractuelle de sécurité soit qualifiée d'obligation de moyen et, ensuite, parce que, sur le plan de la responsabilité délictuelle, la victime aurait pu bénéficier d'un fardeau de preuve allégé par l'application de la responsabilité du fait des choses⁹⁵. À une solution prétorienne laissée à l'appréciation des juges et aux contours changeants⁹⁶, nous préférons des règles législatives claires et contraignantes.

Enfin, la réflexion n'a peut-être pas été poussée suffisamment, de ce côté-ci de l'Atlantique, quant à l'incongruité de la situation qui résulte de ce procédé de «forçage» du contrat. En France, Josserand a bien remarqué qu'«on n'obtient ce résultat qu'au prix d'une autre injustice, en faisant découler d'un contrat des obligations auxquelles les parties, l'une d'elles tout au moins, n'ont jamais souscrit et que l'on a pu justement qualifier d'*obligations prétoriennes* [...] on fait échec, en réalité, au principe de l'autonomie de la volonté que l'on attaque obliquement⁹⁷».

93. Voir *Morin c. Sénéchal*, 2007 QCCS 6478 où le juge, après avoir écarté la présomption de responsabilité de l'article 1466 C.c.Q. au profit du «régime contractuel de responsabilité» (par. 33), est d'avis que «l'obligation de sécurité assumée par les défendeurs était, dans les circonstances révélées par la preuve, une obligation de moyens» (par. 37). L'action est rejetée au motif que «les défendeurs ont prouvé avoir agi avec diligence et qu'ils ont honoré leurs engagements» (par. 42). Voir également *K.S. c. Hôtels Fairmont inc.*, 2007 QCCS 5432, par. 90, où la même présomption légale est écartée au profit de la règle prétorienne suivante: «Kevin Coutts, à titre de responsable de l'écurie, a, envers K.S., une obligation de moyen».

94. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, Paris, PUF, 1956, p. 419.

95. Sur cette évolution et le jeu d'intérêt entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle en fonction de la victime, voir: É. SAVAUX, *loc. cit.*, note 17, 10; P. RÉMY, *loc. cit.*, note 1, 337-339; G. VINEY, *op. cit.*, note 1, n° 168, p. 287.

96. Cette solution est préconisée par certains: «pour une meilleure indemnisation de la victime, il faut à notre avis opter pour une obligation contractuelle de résultat, et non de moyens, chaque fois que les circonstances le justifient»: J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 35, n°s 466, p. 477 et 478.

97. L. JOSSERAND, *op. cit.*, note 89, n° 487, p. 262 et 263. En d'autres termes: «Au nom de la volonté des parties, on fait fi de la volonté des parties», pour reprendre une formule superbement concise de notre collègue Adrian Popovici écrite dans un remarquable texte, à bien des égards visionnaire, mais malheureusement resté inédit: «Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil du Québec (ou la quadrature du cercle?)» [document inédit].

L'absence de remise en cause de la jurisprudence actuelle. Au-delà de ces considérations historiques, par ailleurs fondamentales, il faut bien comprendre que l'application des présomptions légales de faute et de responsabilité en cas de préjudice corporel ne remet pas en question la jurisprudence québécoise actuelle. En effet, si les décisions de la Cour d'appel rendues en vertu du *Code civil du Bas Canada*⁹⁸ et du *Code civil du Québec*⁹⁹ rejettent l'application de ces présomptions en présence d'un contrat, elles ne le font qu'en raison de l'existence d'une disposition législative expresse et particulière, ailleurs dans le Code civil. Ainsi, dans l'affaire *La Mauricienne* mettant en jeu un bail commercial, la juge Dutil dit bien qu'elle refuse «de trancher de la question de l'application des présomptions prévues aux articles 1459 et suivants C.c.Q. au régime contractuel. En effet, la solution du litige repose sur l'interprétation des dispositions particulières relatives au bail, soit les articles 1854 et suivants C.c.Q.¹⁰⁰.»

Bref, ces décisions sont logiquement fondées sur la préséance d'une disposition législative particulière par rapport aux règles générales édictées au chapitre de la responsabilité civile, ce qui n'est rien d'autre que le jeu normal de la règle générale et de la règle particulière. Il en va tout autrement en matière de préjudice corporel, où aucune disposition législative *particulière* ne vient écarter l'application des présomptions légales du chapitre de la responsabilité civile. Il y a bien l'article 2037 C.c.Q. en matière de transport de passagers, mais cette disposition est inapplicable en cas d'accident d'automobile, de taxi, d'autobus ou d'autocar¹⁰¹, d'accident maritime¹⁰² ou encore d'accident d'avion impliquant un élément d'extranéité¹⁰³. Les seules autres dispositions particulières concernent le contrat de donation (art. 1828 C.c.Q.) et peut-être le contrat de bail d'habitation (art. 1912, 1913 C.c.Q.).

En dehors de ces cas d'exception, seul un gonflement artificiel du contenu du contrat, en recourant à une disposition *générale* (art. 1434

98. *Hoeveler c. Assurances générales des Caisses Desjardins*, J.E. 2000-350 (C.A.), par. 21 et suiv.

99. *Mauricienne (La), société mutuelle d'assurances générales c. 9020-3886 Québec Inc.*, [2005] R.D.I. 30 (C.A.), par. 51; *Leblond c. Dionne*, 2006 QCCA 341, par. 26 et 27.

100. *Mauricienne (La), société mutuelle d'assurances générales c. 9020-3886 Québec Inc.*, précitée, note 99.

101. C'est alors la *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., c. A-25, qui s'applique: art. 5 (indemnisation sans égard à la responsabilité pour le préjudice corporel) et 114 (présomption légale particulière pour le préjudice matériel).

102. C'est alors la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, c. 6, qui s'applique.

103. C'est alors la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. (1985), c. C-26, qui s'applique.

C.c.Q.), peut expliquer l'hésitation de la jurisprudence à franchir le pas¹⁰⁴. Or, nous l'avons vu, ce gonflement artificiel du contrat n'est pas l'œuvre du législateur mais bien de la doctrine et de la jurisprudence, dont les motivations ont été oubliées aujourd'hui. Ce que les juges ont créé, ils peuvent le défaire en retournant aux sources de cet élargissement du contrat, qui produit maintenant des effets exactement contraires pour la victime d'un préjudice corporel.

Le faux obstacle de l'article 1458 du Code civil du Québec. Certains rétorqueront à nos arguments que l'article 1458 C.c.Q. interdit dorénavant d'adopter une telle position. En édictant que « [t]oute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés » et qu'un manquement à ce devoir la rend « responsable du préjudice *corporel*, moral et matériel », le législateur aurait contractualisé l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique dans le contexte de l'exécution d'un contrat. Cependant, que dit exactement le texte de l'article 1458 ?

Le propriétaire d'un bar prend-il véritablement l'*engagement* de ne pas blesser le client qui pénètre dans son établissement, comme dans l'affaire *Chantal*¹⁰⁵ ? Son engagement ne se résume-t-il pas plutôt à offrir un environnement agréable et propice à la consommation d'alcool, avec le personnel requis et aux tarifs annoncés ? Pourquoi une obligation implicite de sécurité empêcherait-elle le client blessé par un portier trop zélé d'invoquer la présomption légale de responsabilité applicable au commettant (art. 1463 C.c.Q.)¹⁰⁶ ? Pourquoi ne pas permettre à ce client d'invoquer la présomption du fait des immeubles si une tuile du plafond de l'établissement lui tombe sur la tête (art. 1467 C.c.Q.) ?

Dans l'affaire *Desrosiers*¹⁰⁷, où la Cour d'appel a refusé de se prononcer sur l'application de la présomption de responsabilité concernant le propriétaire d'un animal, un centre d'équitation était poursuivi par l'utilisatrice de l'une de ses montures. Pourtant, le propriétaire du centre avait-il véritablement pris l'engagement de ne pas causer de préjudice corporel à sa cliente ? Son engagement ne consiste-t-il pas davantage à fournir des installations (y compris un cheval) et une expertise permettant de pratiquer l'équitation, contre rémunération ? Sa responsabilité *contractuelle*, s'il en

104. L'arrêt *Desrosiers c. Centre hippique de la Mauricie Inc.*, [2004] R.R.A. 755 (C.A.), par. 51, est le plus représentatif de cette situation.

105. *Chantal c. 9022-1672 Québec Inc.*, précitée, note 88.

106. C'est probablement en raison du résultat injuste qu'entraîne une telle solution que le juge, dans l'affaire *Chantal*, précitée, note 88, a tout simplement passé outre l'interdiction de l'option de l'article 1458, al. 2 *in fine* C.c.Q., pour appliquer l'article 1463 en faveur de la cliente blessée.

107. *Desrosiers c. Centre hippique de la Mauricie Inc.*, précitée, note 104.

est, ne devrait-elle pas se limiter aux cas où le cheval promis n'est pas disponible, où la piste est impraticable ou encore au défaut de fournir l'équipement requis pour la pratique de ce sport? Les blessures causées par le cheval à l'occasion d'une randonnée ne sont-elles pas du domaine de la responsabilité délictuelle? Cela éviterait en tout cas la situation critiquable, signalée par Claude Fabien dans son texte, où le passant blessé par le cheval serait mieux protégé que celui qui a conclu une entente avec le centre d'équitation.

À la limite, que le préjudice corporel causé par le chiropraticien au cours d'un traitement dispensé à l'un de ses clients entre dans la sphère contractuelle, nous voulons bien le concéder en raison de la présence de l'article 1458 C.c.Q. Cependant, que le même client ne puisse invoquer la présomption légale du fait des immeubles (art. 1467 C.c.Q.) si une des marches de l'escalier de l'établissement cède sous son poids, voilà qui nous paraît inacceptable puisque nous sommes alors sortis de la sphère contractuelle.

2.2 Une solution respectueuse de l'évolution du droit

L'application des présomptions légales aux victimes d'un préjudice corporel déborde la question de la qualification de l'obligation en cause. Plus globalement, il est possible de l'analyser comme une autre illustration de la place particulière faite au préjudice corporel, à partir du dernier quart du ^{xx}e siècle.

La Charte québécoise. Depuis l'avènement de la *Charte des droits et libertés de la personne* en 1975, l'accent est mis sur la protection des droits fondamentaux, notamment l'intégrité de la personne à son article premier. La Charte a agi comme un révélateur en la matière et elle a joué un rôle, dans l'inconscient juridique collectif, pour l'amélioration du sort des victimes d'un préjudice corporel. Pour ne retenir qu'un exemple, c'est ainsi que nous analysons l'évolution du sort des clauses de non-responsabilité en ce domaine, maintenant interdites au Québec, alors qu'elles demeurent en principe valables ailleurs au Canada.

Par ailleurs, le *Code civil du Québec* est appelé à régir « en harmonie » avec la Charte québécoise les « rapports entre les personnes », tel que l'indique la disposition préliminaire du Code civil. Si cette harmonie voulue par le législateur doit avoir un sens, c'est bien dans la protection et la promotion des droits des victimes d'un préjudice corporel. Dans son texte publié en 2006 dans la *Revue du Barreau canadien*¹⁰⁸, Claude Fabien a soulevé

108. C. FABIEN, *loc. cit.*, note 78.

suffisamment de doutes sur la nature des présomptions légales inscrites au chapitre «De la responsabilité civile», pour que ce doute soit interprété en faveur des victimes d'un préjudice corporel, dans cette recherche d'harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Le Code civil du Québec. Une lecture transversale du Code civil montre à quel point le législateur a entendu protéger de façon toute particulière les victimes d'un préjudice corporel. Que ce soit en matière de régimes matrimoniaux (art. 454), de protection de la victime relativement à une renonciation anticipée à ses recours (art. 1474) ou à une transaction hâtive (art. 1609), de l'exception apportée au principe de la chose jugée (art. 1615), sans oublier la règle la plus connue qui interdit de prévoir une prescription du recours de la victime inférieure à trois ans (art. 2930), toutes ces règles ont été aménagées dans un seul et même but : favoriser les victimes de préjudice corporel en leur assurant les meilleures chances possible d'obtenir une indemnité. Dans le célèbre arrêt *Doré*, la Cour suprême s'est appuyée sur «l'intention du législateur dans le nouveau Code, soit d'assurer une juste indemnisation du préjudice corporel¹⁰⁹», pour donner sa pleine portée à l'article 2930 C.c.Q., au-delà des dispositions particulières de la *Loi sur les cités et villes*.

Même la petite histoire entourant l'adoption de l'article 1458 C.c.Q. joue, paradoxalement, en faveur des victimes d'un préjudice corporel. Cette règle, rappelons-le, interdit à une partie contractante d'invoquer des «règles plus profitables» au soutien de son recours, ce qui concernerait notamment les présomptions légales des articles 1459 et suivants du même code. Or, dans le projet de loi 125, il était prévu, à la fin de l'article 1458 C.c.Q. concernant l'interdiction de l'option, que «si le préjudice est corporel, seules les règles du régime extracontractuel de responsabilité s'appliquent». Cette proposition a été mise de côté par crainte de défavoriser la victime en la soumettant à une preuve plus lourde en vertu du régime délictuel qu'en vertu du régime contractuel¹¹⁰. Même si ces motifs nous laissent dubitatifs¹¹¹, ils fournissent une indication supplémentaire des intentions du législateur : n'introduire aucune règle qui puisse nuire à la victime d'un préjudice corporel. C'est pourtant ce qui est fait dans le cas où cette victime ne peut tirer profit des présomptions légales lorsqu'elle a conclu un contrat avec

109. *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, 880.

110. Sur ces motifs, voir : N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 16, 121.

111. Il semblerait y avoir un retour de la théorie de la faute présumée en matière contractuelle, à défaut de quoi nous ne voyons pas comment le fardeau de preuve est plus avantageux en matière contractuelle, à moins de tenir pour acquis que toute obligation de sécurité est nécessairement de résultat, ce qui est loin d'être le reflet de la jurisprudence. Voir : N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 16, 133.

la personne poursuivie, alors qu'aucune disposition législative n'empêche *explicitement* une telle application. Seule une compréhension extensive de l'article 1434 C.c.Q. peut, comme nous l'avons vu, rattacher l'indemnisation de la victime d'un préjudice corporel au champ contractuel.

2.3 Une solution permettant de réconcilier les règles d'évaluation du préjudice

Rejeter l'existence de dommages-intérêts *contractuels* en matière de préjudice *corporel* permettrait de réconcilier des règles d'évaluation du préjudice en apparence contradictoires.

La règle de la prévisibilité des dommages contractuels. Il existe une règle, peu appliquée en jurisprudence québécoise, qui prévoit qu'en matière contractuelle le débiteur de bonne foi n'est tenu qu'aux dommages-intérêts *prévisibles* (art. 1613 C.c.Q.). La disposition, qui regroupe en un seul alinéa les articles 1074 et 1075 du *Code civil du Bas Canada*, demeure inchangée sur le fond depuis... l'ancien droit français, au temps où Pothier était un auteur contemporain et où l'expression « responsabilité contractuelle » était inconnue des juristes. La règle n'est en pratique appliquée qu'à l'évaluation des dommages causés à un bien faisant l'objet principal d'un contrat entre les parties¹¹². Nous verrons un peu plus loin que ce réflexe intuitif de la jurisprudence est le bon.

La théorie des prédispositions. Mieux connue au Québec sous son vocable anglais (*thin skull rule*), la théorie des prédispositions veut que le responsable d'un préjudice doive prendre la victime dans l'état où elle se trouve au moment de la commission de l'acte fautif. Ainsi, lorsque « la victime présentait une réceptivité exceptionnelle au dommage en raison d'un état de santé défectueux, [...] les prédispositions ne doivent pas être prises en considération pour écarter ou limiter la réparation du dommage¹¹³ ». Dans une conception individualiste du droit commun de la responsabilité civile, il est logique que le responsable ait à répondre de toutes les conséquences de sa conduite fautive, même s'il ne pouvait soupçonner l'étendue de la réparation au moment de la commission de l'acte fautif. Il s'agit d'un simple principe d'adéquation entre dommage et réparation.

112. Nous renvoyons le lecteur curieux à l'ouvrage de Maurice TANCELIN et Daniel GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 9^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, n° 211, pour une analyse de la jurisprudence sur cette question.

113. Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1998, n° 434, p. 300. Seule la preuve d'une invalidité *antérieure* à l'accident ou celle de l'évolution *inéluçtable* d'un état pathologique préexistant peut permettre d'écarter la règle de l'indemnisation complète de la victime du préjudice.

Incompatibilité apparente. La lecture des deux paragraphes qui précèdent pose un problème évident de compatibilité entre les règles qui y sont exposées. Il est difficile d'imaginer que l'« état de santé défectueux » d'une personne, qu'elle-même pourrait ignorer, puisse devenir prévisible pour son cocontractant de bonne foi. Vue de cette façon, la théorie des prédispositions ne serait jamais applicable en matière contractuelle en dehors des cas de faute lourde ou intentionnelle (*cf.* art. 1613 C.c.Q.), ce qui apparaît inconcevable en matière de préjudice corporel. Le chirurgien esthétique plaiderait-il que son patient, décédé par sa faute involontaire sur la table d'opération, avait plus d'enfants que ce qu'il avait prévu, souffrait d'une insuffisance cardiaque non détectée ou encore que la pension alimentaire qu'il versait à son ex-conjointe dépassait les normes de la prévisibilité? Est-il possible d'imaginer le dentiste qui a mal effectué son travail soulever le fait que la dépression de son client consécutive à l'opération ratée n'était pas prévisible? Ces exemples simplistes expliquent pourquoi la jurisprudence écarte par prétérition la règle de l'article 1613 C.c.Q. en cas de préjudice corporel, même lorsque les parties étaient liées par un contrat¹¹⁴. Traitant de l'article 1613 C.c.Q., J.-L. Baudouin et P. Deslauriers ont bien noté « qu'en matière de blessures corporelles le régime de responsabilité civile n'a aucune influence sur le calcul de l'indemnité¹¹⁵ ». Cette solution intuitive du droit positif, qui n'est jamais clairement explicitée, rejoint l'idée que le préjudice corporel ne fait tout simplement pas partie de la sphère contractuelle.

Solution proposée. En officialisant la « sortie » du préjudice corporel du champ de la responsabilité contractuelle, nous atteignons l'objectif fondamental de réparation entière de ce type de préjudice, tout en ramenant la règle de l'article 1613 C.c.Q. à des proportions plus justes. Les dommages sont ainsi cantonnés à l'intérêt protégé par le contrat, tandis qu'est supprimé de celui-ci le rôle d'indemnisation de la victime d'un préjudice subi à l'occasion du contrat et issu de la violation d'une norme comportementale. Cette restriction du domaine du dommage contractuel

114. À notre connaissance, aucune décision rendue en vertu du *Code civil du Québec* ne traite de l'article 1613 C.c.Q. dans le contexte d'un procès pour préjudice corporel. La dernière mention significative de la règle dans un tel contexte, d'ailleurs pour l'écarter, remonte à l'affaire *Hervé Rancourt Construction Inc. c. Sévigny*, [1989] R.R.A. 751 (C.A.). Le fait qu'il s'agit d'un cas de décès survenu en raison de travaux de construction d'une maison n'est sans doute pas étranger à cette situation : en effet, la règle de la prévisibilité des dommages peut fort bien s'appliquer lorsque l'objet principal du contrat, un bien matériel tel un immeuble, n'est pas livré suivant les attentes de l'acquéreur. Le préjudice corporel n'étant survenu qu'à l'occasion de ce contrat mal exécuté, le juge LeBel a eu le réflexe logique d'écarter la règle de la prévisibilité des dommages.

115. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 10, n° 1-1295, p. 1067.

redonne alors du sens à la règle de la limitation des dommages contractuels aux seuls dommages prévisibles¹¹⁶. Si cette règle, aujourd'hui relativement abandonnée, peut paraître une exception à l'indemnisation intégrale de la victime, c'est parce que l'on fait jouer au contrat un rôle qui n'est pas le sien. Aussi, il peut sembler curieux, voire illogique, d'appliquer, un peu comme un mantra, la règle de la limitation aux seuls dommages prévisibles à la violation d'une obligation implicite, fictivement rattachée au contrat et non prévue par les parties, telle l'obligation de sécurité. Ramené à sa plus simple expression, le dommage contractuel, compris comme l'intérêt né du contrat et de la prévision des parties, se limite naturellement au dommage prévisible : la règle reprend alors son véritable sens. C'est bien ainsi que la règle était comprise à l'origine, Pothier ne l'appliquant qu'à l'« avantage escompté » à l'origine par chacune des parties au contrat, sans idée de l'étendre à des obligations implicites ou à un éventuel dommage pouvant survenir à l'occasion d'un tel contrat.

Conclusion de la seconde partie. Exprimée de façon lapidaire, l'idée soutenue ici n'est pas d'*étendre* l'application des présomptions légales en matière contractuelle, mais bien de *sortir* le préjudice corporel du champ contractuel. Le fait de causer un préjudice corporel à autrui entraîne l'application des règles de la responsabilité civile, point à la ligne. Que ce type de préjudice survienne en dehors de toute relation contractuelle ou à l'occasion d'un tel contrat ne change rien à l'affaire : il s'agit simplement de s'inscrire dans le courant, tant législatif que jurisprudentiel, qui tend depuis un siècle à favoriser l'indemnisation de cette catégorie de victimes. Le principe de la stabilité du droit, loin de jouer à l'encontre du recours aux présomptions légales en la matière, milite en faveur de la reconnaissance d'une telle application.

Conclusion générale

Nous ne saurions mieux dire que Jean Carbonnier dans une de ses formules demeurée célèbre : « Au surplus, ce que l'on appelle responsabilité contractuelle devrait être conçu comme quelque chose de très limité : l'obligation de procurer au créancier l'équivalent de l'intérêt (pécuniaire) qu'il attendait du contrat ; c'est artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes ; les tragédies sont de la compétence des a. 1382 s.¹¹⁷ », c'est-à-dire du domaine de la responsabilité délictuelle. Pour y arriver, nous l'avons vu, plusieurs options sont à prendre à considération.

116. Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, note 69, n° 65, p. 94 ; P. RÉMY, *loc. cit.*, note 1, 46.

117. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 94, p. 420.

D'abord, il y a possibilité d'une réorganisation conceptuelle et fondamentale du droit des obligations. Cette option est certes ambitieuse, tant elle paraît *a priori* subversive. En réalité, elle repose sur une lecture plus exacte de la réalité. La responsabilité civile consiste en une obligation spécifique d'indemnisation de la victime d'un préjudice résultant de la violation d'un devoir général, d'une norme de conduite sociale et non, comme le contrat, d'un moule d'obligation. L'inexécution contractuelle, quant à elle, ouvre la voie à une exécution forcée, en nature si cela est possible, ou d'une autre manière (exécution par un tiers, exécution par équivalent) de l'obligation convenue par les parties. *Le contrat n'est pas un outil d'indemnisation mais un outil de prévision*. Le préjudice issu d'une conduite dont il n'a été que l'occasion sort de son champ et se doit d'être soumis, en principe, à la responsabilité civile. C'est pourquoi les « bras cassés et les morts d'hommes » ne sont pas du domaine contractuel.

Une autre possibilité, plus modeste celle-là, a pour objet d'assurer l'essentiel, c'est-à-dire la protection immédiate des victimes. Toute l'évolution du droit, au cours du dernier siècle, a tenté de faire passer les victimes d'un préjudice corporel d'un droit de la responsabilité civile à un droit de la réparation. Même si cet objectif est encore loin d'être atteint, la proposition en vue de permettre l'application des présomptions légales à *toutes* les victimes d'un préjudice corporel, sauf existence d'une disposition législative précise au chapitre des contrats nommés, s'inscrit dans cette continuité. Nul besoin ici de procéder à une grande réforme législative : il faut simplement ramener la « responsabilité contractuelle » à un domaine d'application plus restreint.