Option et eumul: une mauvaise querelle

Maurice Tancelin*

Prends l'éloquence et tords-lui son cou
— Verlaine

Si l'on dépasse les données du dernier arrêt de la Cour suprême sur le problème de l'action et du cumul[1] et que l'on envisage celui-ci de façon académique comme c'est le rôle de la doctrine de le faire, on est tenté de remettre en cause la problématique même de l'option et du cumul. Ce n'est pas seulement une fausse querelle, c'est une mauvaise querelle comme le sont ordinairement celles du droit dogmatique.

L'argument principal à l'appui de la théorie du non-cumul et du rejet de l'option entre les responsabilités contractuelle et délictuelle est tiré de l'exemple français. C'est un point de vue peu convaincant au regard du droit comparé, du fait de l'isolement de la France sur la question. Certes l'argument arithmétique est faible lui aussi, mais c'est un signe dont on peut tenir compte, d'autant plus qu'il est révélateur d'un argument de poids exposé ailleurs.[2] On peut considérer en effet que le développement de la responsabilité délictuelle en France dans le deuxième tiers de ce siècle justifiait des mesures de protection du contrat contre l'envahissement des articles 1382 *et seq.* du Code Napoléon.[3] Cette attitude réflexe était parfaitement conciliable avec la conception dominante, à l'époque, de l'autonomie de la volonté. Or, répétons-le, le droit québécois des contrats était loin de courir le même "risque". Les tentatives du *Privy Council* afin d'aligner le droit québécois de la responsabilité délictuelle sur le droit français ont été tenues en échec par la Cour suprême du Canada, avec l'approbation majoritaire des cours du Québec.[4] Il est temps de faire une lecture moins dogmatique et plus réaliste — pour ne pas dire sociologique — de la jurisprudence classique en la matière.

---

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

[1] *Wabasso Ltd* v. *The National Drying Machinery Co.* [1981] 1 R.C.S. 578, et notre commentaire, *Option et cumul: une fausse querelle doctrinale* (1982) 42 R. du B. 452.

[2] Voir notre commentaire, *Réflexions sur la diversité de la méthode des juges québécois* (1980) 40 R. du B. 160.

[3] Voir G. Viney, *Traité de droit civil* [;] *Les obligations* [;] *La responsabilité: eonditions* (1982), no 234, à la p. 278.

[4] Voir M. Tancelin, *Théorie du droit des obligations* (1975), nos 268 *et seq.*, aux pp. 181 *et seq.*, et nos 324 *et seq.*, aux pp. 217 *et seq.*

Mais cet argument contre le rejet de l'option et du cumul est propre au Québec. S'ajoute aujourd'hui un autre argument positif et général, celui-là, tiré de la transformation contemporaine du droit contractuel. Le régime juridique des contrats s'est enrichi d'obligations nouvelles, au résultat du recul de la thèse de l'autonomie de la volonté comme base de la liberté contractuelle et du progrès correspondant de la préoccupation de justice contractuelle.[5] Or le rejet de l'option et du cumul ne fait pas très bon ménage avec cette dernière,[6] puisqu'il permet à un cocontractant — et on verra plus loin lequel — de limiter, voire d'exclure toute responsabilité civile découlant des suites d'un contrat. La cohérence du droit contemporain — non du droit intemporel — des obligations devrait mettre en garde contre une théorie qui permet d'enlever d'une main ce que les nouveautés du droit — la protection du consommateur — donnent de l'autre. La résorption des techniques purement volontaristes semble être dans la logique consumériste.

C'est effectivement ce qui est en train de se produire dans la patrie du non-cumul et du rejet de l'option, comme en témoigne le dernier ouvrage doctrinal français paru sur la responsabilité.[7] La responsabilité en matière d'environnement et les responsabilités professionnelles, qui incluent celle des fabricants, ne sont plus fonction des schémas classiques de la responsabilité civile. Les outils conceptuels de contrat et de délit sont tellement émoussés qu'ils ne servent plus dans les matières les plus actuelles de la responsabilité civile.

À ce phénomène général dans le monde occidental, s'ajoute le transfert dans le domaine de l'assurance des matières traditionnellement les plus actives de la responsabilité civile. Ce fut le cas, assez tôt et dans tous les pays, des accidents du travail. C'est, après une attente plus ou moins longue selon les pays, celui des accidents de la circulation routière.

L'évolution du droit des contrats et la redistribution en cours des matières entre la responsabilité civile et l'assurance révèlent conjointement — et c'est une supériorité du droit civil sur la *common law* d'être en mesure de faire le rapprochement — le caractère artificiel et inadéquat de la cloison posée entre les deux sortes de responsabilité civile. La distinction entre les deux domaines, justifiée par l'existence de deux régimes, perd son sens au fur et à mesure que les deux régimes se rapprochent au point de se confondre presque. Il serait sans doute plus exact de dire que la responsabilité civile retrouve son unité

---

[5]Voir J. Ghestin, *Traité de droit civil* [;] *Les obligations* [;] *Le contrat* (1980), nos 182 *et seq.*, aux pp. 138 *et seq.*; nos 268 *et seq.*, aux pp. 208 *et seq.*, et nos 324 *et seq.*, aux pp. 248 *et seq.*

[6]Voir Weir, *La justice contractuelle en Grande-Bretagne* [1981] Rev.int.dr.comp. 7.

[7]Voir Viney, *supra*, note 3, nos 242 *et seq.*, aux pp. 290 *et seq.*

conceptuelle par delà les distinctions factices de régimes enregistrées par le droit positif.

Au Québec, il y a longtemps que le processus de rapprochement des deux régimes de responsabilité a été amorcé, en matière d'évaluation des dommages-intérêts[8] et de validité des clauses de non-responsabilité.[9] Pour le délai de prescription, la différence a été réduite à un écart minime en matière de responsabilité médicale et hospitalière, mais dans cette matière-là seulement...[10] Le maintien d'une différence entre les domaines contractuel et délictuel et la création d'une nouvelle sous-distinction dans ce dernier constituent des exemples types de règles juridiques au fondement mystérieux. Le mystère s'accroît quand on constate que la longueur des délais est inversée en droit français et en droit québécois. Enfin, la consécration de la reconnaissance d'un droit direct au tiers non contractant contre le fabricant a porté un autre coup à la distinction des responsabilités basée sur les notions de contrat et de délit.[11]

L'ancienne distinction "fondamentale" fait eau de partout. C'est une peau de chagrin. La matière relèvera de l'histoire du droit quand le droit international privé aura achevé l'unification en cours du critère des "contacts les plus significatifs" en matière de contrat et de délit. L'article 68, par. 3, du Code de procédure civile, auquel les clauses attributives de compétence enlèvent déjà toute portée pratique, sera alors vide de sens. L'article 69 constitue d'ailleurs, dans le domaine de de l'assurance, une application remarquable du critère des "contacts les plus significatifs". Il en est de même de l'article 8 du Code civil, avec sa portée générale. C'est l'exemple de la règle qui sert de cadre commode pour exposer les exceptions, selon le mot plaisant du doyen Vedel!

Les différences de régimes entre les deux variétés de responsabilités civiles n'ont jamais empêché d'admettre l'unité conceptuelle de cette institution comme la sanction pécuniaire de l'inexécution d'une obligation. Sans doute involontaires et fortuites à l'origine, ces différences ont été utilisées et invoquées à des fins qui ne coïncident plus avec celles du droit moderne des obligations. Les enjeux de la thèse du non-cumul et du refus de l'option ont été mis en évidence au cours des discussions relatives à la responsabilité des transporteurs internationaux de voyageurs par air et par mer. Les débats judiciaires qui ont eu lieu à

---

[8]Voir M. Tancelin, *Jurisprudence sur les obligations*, 2e éd. (1981), t. II: *La responsabilité civile*, aux pp. 357 *et seq.*, et t. III: *L'exécution, l'extinction*, à la p. 719, observations.

[9]*Ibid.*, aux pp. 640 *et seq.*, et notamment à la p. 646.

[10]*Ibid.*, à la p. 876.

[11]*Ibid.*, à la p. 376, et aux pp. 385-6.

propos de l'application des conventions internationales limitatives de leur responsabilité ont abouti à la modification des conventions en question, qui ne tiennent plus aucun compte de la distinction entre contrat et acte illicite.[12] Si aujourd'hui le régime de la responsabilité des transporteurs aériens internationaux est redevenu multiple, malgré les efforts d'unification entrepris à Varsovie en 1929 et poursuivis après la seconde guerre mondiale, cela ne tient pas à des motifs de technique juridique. C'est pour tenir compte des inégalités économiques entre les pays membres de la communauté internationale que le droit aérien a dû finalement renoncer à une impossible unité de régime juridique de la responsabilité des transporteurs internationaux. Mais au-delà de ce problème particulier, ce qu'il faut retenir c'est que chacun de ces

---

[12]Voir Viney, *supra,* note 3, no 245, aux pp. 298-300. Voir également l'article IX du *Protocole de Guatémala,* 8 mars 1971, ICAO Doc. 8932/2, portant modification à la *Convention de Varsovie,* 12 octobre 1929, 137 L.N.T.S. 12, amendée par le *Protocole de La Haye,* 28 septembre 1955, ICAO Doc. 7632:

> L'article 24 de la convention est supprimé et remplacé par les dispositions suivantes:
>
> Article 24
>
> 1. Dans le transport des marchandises, toute action en responsabilité, à quelque titre que ce soit, ne peut être exercée que dans les conditions et limites prévues par la présente convention.
> 2. Dans le transport des passagers et des bagages, toute action en responsabilité introduite, à quelque titre que ce soit, en vertu de la présente convention, en raison d'un contrat ou d'un acte illicite ou pour toute autre cause, ne peut être exercée que dans les conditions et limites prévues par la présente convention, sans préjudice de la détermination des personnes qui ont le droit d'agir et de leurs droits respectifs. Ces limites de responsabilité constituent un maximum et sont infranchissables quelles que soient les circonstances qui sont à l'origine de la responsabilité.

Voir également l'article VIII du *Protocole de Montréal no 4,* 25 septembre 1975, ICAO Doc. 9148:

> L'article 24 de la convention est supprimé et remplacé par les dispositions suivantes:
>
> Article 24
>
> 1. Dans le transport de passagers et de bagages, toute action en responsabilité, à quelque titre que ce soit, ne peut être exercée que dans les conditions et limites prévues par la présente Convention sans préjudice de la détermination des personnes qui ont le droit d'agir et de leurs droits respectifs.
> 2. Dans le transport de marchandises, toute action en réparation introduite, à quelque titre que ce soit, que ce soit en vertu de la présente Convention, en raison d'un contrat ou d'un acte illicite ou pour toute autre cause, ne peut être exercée que dans les conditions et limites de responsabilité prévues par la présente Convention sans préjudice de la détermination des personnes qui ont le droit d'agir et de leurs droits respectifs. Ces limites de responsabilité constituent un maximum et sont infranchissables quelles que soient les circonstances qui sont à l'origine de la responsabilité.

régimes nouveaux élimine les notions de contrat et de délit pour organiser la responsabilité civile des transporteurs aériens.

En mettant la responsabilité civile pour inexécution du contrat à l'abri de la responsabilité délictuelle, la thèse du rejet de l'option et du cumul protégeait le contrat contre les empiétements d'une responsabilité délictuelle jugée dangereuse pour l'économie du contrat. Ce faisant, on protégeait le contractant en position de force en régime libéral d'autonomie de la volonté. C'est toujours le même contractant qui invoque aujourd'hui l'argument du rejet de l'option et du cumul pour défendre sa suprématie dans le contrat d'adhésion dont il dicte les termes. Avec l'émergence de la protection du consommateur et de la socialisation des risques d'accidents statistiquement élevés, on assite à une diversification des finalités du droit. Le contractant en position de faiblesse et la victime ne sont plus dans la société post-industrielle les laissés pour compte qu'ils étaient dans la société du développement industriel à outrance dépeinte par Wajda dans *La terre de la grande promesse*. Les justifications techniques invoquées à l'appui du rejet de l'option et du cumul sont dérisoires en regard de cette évolution du droit contemporain. À moins de ramener le droit à un jeu purement abstrait pour intellectuels détachés des contingences? Le dogmatisme mérite le sort que Verlaine souhaite à l'éloquence dans son *Art poétique.*