
**Pour une interprétation modérée et raisonnée du
refus d'option entre responsabilité contractuelle
et responsabilité délictuelle**
(article 1458, deuxième alinéa du *Code civil du Québec*)

Geneviève Viuey*

Avec l'article 1458, deuxième alinéa C.c.Q., le refus d'option entre régime contractuel et régime délictuel est devenu une solution légale au Québec.

En France, la règle dite du «non-cumul» — qui est en réalité une interdiction de l'option — n'a été vraiment systématisée que dans les années cinquante.

L'auteure examine les résultats de l'expérience française afin de mettre en garde les tribunaux québécois contre une interprétation trop systématique de l'article 1458 C.c.Q.

En France, parmi les applications que la jurisprudence fait de la règle du non-cumul, il en est qui sont commandées par le respect du contenu même du contrat, tandis que d'autres garantissent des particularités du régime contractuel qui ne touchent pas directement au contenu des obligations contractuelles.

Selon l'auteure, de façon générale, on peut constater que, telle qu'elle est maniée actuellement par la jurisprudence française, la règle du non-cumul répond très mal à la fonction qui lui est en principe assignée. En effet, elle fait souvent obstacle à des demandes qui ne menacent nullement l'intégrité du contrat, alors qu'en revanche, dans beaucoup d'hypothèses où le respect des prévisions contractuelles est effectivement menacé par l'intervention d'un tiers, elle est purement et simplement écartée.

En définitive, la mise en œuvre actuelle de la règle du non-cumul par la jurisprudence française paraît franchement défectueuse. D'une part, elle produit des effets pervers sérieux en retardant indûment l'admission de nombreuses demandes pourtant justifiées au fond et, d'autre part, elle n'empêche nullement la déformation du contrat par l'intrusion, à l'initiative des tiers, des règles délictuelles dans le champ contractuel.

La constatation de ces imperfections conduit donc à prôner une interprétation modérée de l'article 1458, deuxième alinéa C.c.Q. Afin d'éviter que le refus d'option imposé par ce texte ne conduise aux mêmes errements que ceux auxquels la règle du non-cumul a donné lieu en France, les juges doivent constamment garder à l'esprit le but de cette disposition, qui est d'assurer le respect du contrat. C'est donc la seule préoccupation qui devrait les guider aussi bien pour déterminer le domaine de la règle nouvelle que pour définir les modalités de sa mise en œuvre.

With the enactment of the second paragraph of article 1458 C.C.Q., the preclusion of an option between the contractual regime and the delictual regime has been legislatively entrenched in Québec.

In France, the "non-cumul" rule — which, in reality, prohibits option — was not truly systematized until the 1950s.

The author examines the results of the French experience in order to alert Quebec courts to the dangers of an overly systematic interpretation of article 1458 C.C.Q.

Among the jurisprudential applications of the "non-cumul" rule in France, there are those necessitated by respect for the actual substance of the contract, while others guarantee particularities of the contractual regime that are not directly concerned with the substance of the contractual obligations.

According to the author, generally speaking, it is evident, as currently applied by French jurisprudence, that the "non-cumul" rule inadequately fulfills the function that is, in principle, assigned to it. In effect, it is often an obstacle to claims that in no way threaten the integrity of the contract, while, on the other hand, in many cases in which respect for contractual provisions is effectively threatened by the intervention of a third party, it is purely and simply dismissed.

Clearly, the current implementation of the "non-cumul" rule by French jurisprudence seems obviously defective. On the one hand, it produces serious perverse effects by unduly inhibiting the admission of many otherwise substantially justified claims, and, on the other hand, it in no way prevents the distortion of the contract by the intrusion, at the initiative of a third party, of delictual rules in the field of contract.

The ascertainment of these imperfections thus advocates in favour of a moderate interpretation of article 1458, paragraph 2 C.C.Q. In order to prevent the option prohibition imposed by that text from leading to the same problems to which the "non-cumul" rule gave rise in France, judges must constantly keep in mind the objective of this provision, which is to ensure the respect of the contract. This is thus the only preoccupation that should guide them, as much in order to determine the scope of the new rule as to define the modalities of its implementation.

*Professeur à l'Université de Paris, Panthéon-Sorbonne.

Sommaire

Introduction

- I. Les rayons et les ombres de «la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle» en droit français
- II. Les euseiguements à tirer de l'expérience française pour l'interprétation de l'article 1458, deuxième alinéa C.c.Q.

Couclusiou

* * *

Introductiou

Dans la période qui a précédé le vote du *Code civil du Québec*, la question du droit d'option de la victime entre régime contractuel et régime délictuel dans les cas où les conditions d'application de l'un et de l'autre se trouvent simultanément réunies a été très discutée au Québec¹ comme ailleurs². Et, après une période d'hésitations³, la Cour suprême du Canada a clairement statué, dans l'affaire *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, en faveur de l'option⁴. Par un contrat conclu en Pennsylvanie, Wabasso avait acheté de National Drying des machines qui se révélèrent par la suite défectueuses et provoquèrent un incendie. L'acheteur assigna donc en responsabilité le vendeur mais, cette action ayant été portée devant la Cour supérieure du Québec, le vendeur opposa un déclinatoire de compétence. Il invoqua en effet le caractère contractuel de la

¹Voir notamment P.-A. Crépeau, «Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien» (1962) 22 R. du B. 501 ; A. et R. Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1971 au n° 44 et s. ; L. Baudouin, *Le droit civil de la Province du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953 aux pp. 879-85 ; P.P.C. Haanappel, «La relation entre les responsabilités civiles contractuelle et délictuelle : L'arrêt Wabasso en droit québécois et en droit comparé» (1982) R.I.D.C. 103 ; P.-G. Jobin, «Cumulation in Quebec Civil Law: A Basic and Lively Issue» (1985) 10 Can. Bus. L.J. 306 ; J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd., Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1994 aux n° 29-38 ; M. Tancelin, *Des obligations : Contrat et responsabilité*, 4^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1988 aux n° 401-403.

²Voir pour la Belgique, R.O. Dalcq, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., Bruxelles, F. Larcivière, 1967 aux n° 120-42 ; pour la Suisse, H. Deschesneaux et P. Tercier, *La responsabilité civile*, Berne, Staempfli, 1975 aux pp. 258-60 ; pour la position des auteurs anglais, A. Tunc, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, La Haye, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen/Martinus Nijhoff, 1981 ; pour la doctrine américaine, le rapport non publié de Posser au Congrès de Hambourg de 1962.

³Dans l'ensemble, les tribunaux étaient pourtant déjà plutôt favorables à l'option. Voir J.-L. Baudouin, *supra* note 1 au n° 240 ; Tancelin, *supra* note 1 au n° 402.

⁴[1981] 1 R.C.S. 578, 38 N.R. 224, infirmant [1979] C.A. 279 (infirmant [1977] C.S. 782) [ci-après *Wabasso*].

responsabilité pour dénier la compétence de la juridiction saisie et revendiquer celle des juridictions pennsylvaniennes. Mais l'acheteur objecta que le fait générateur de la responsabilité, étant un défaut d'information sur les dangers de la chose vendue, revêtait un double caractère : il constituait à la fois un manquement au contrat et une imprudence caractérisant la faute délictuelle, de telle sorte que la demande pouvait, selon lui, être présentée devant le tribunal compétent pour statuer sur l'action délictuelle — qui était précisément la juridiction saisie —, la victime ayant la possibilité d'opter en faveur du régime délictuel. Cette argumentation fut accueillie par la Cour supérieure qui rejeta le déclinaire de compétence. En revanche, la Cour d'appel infirma cette décision qui fut rétablie par la Cour suprême du Canada⁵.

La position de la jurisprudence se trouvait ainsi clarifiée, mais l'arrêt *Wabasso* fit aussitôt l'objet de commentaires critiques qui révélèrent les divisions de la doctrine sur cette question délicate⁶ et il y a tout lieu de penser que cette controverse pesa d'un grand poids lors de l'examen de la question par les rédacteurs du *Code civil du Québec*.

Quoi qu'il en soit, celui-ci consacra explicitement, à l'article 1458, la solution inverse de celle qui avait été admise par la Cour suprême du Canada. En effet, tandis que, dans son alinéa premier, cet article rappelle que «toute personne a le devoir d'honorer ses engagements contractuels», son second alinéa précise

[qu']elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice corporel, moral ou matériel qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice ; ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables [mes italiques].

Le refus d'option devient ainsi au Québec une solution légale, ce qui est, semble-t-il, exceptionnel, la question étant restée, dans la plupart des pays, du ressort des tribunaux. Elle est en outre explicitement inposée aux deux parties, alors qu'ordinairement c'est seulement la faculté, pour la victime, de s'évader du cadre contractuel qui est discutée. Enfin, on remarquera que c'est l'application des «règles du régime contractuel de responsabilité» qui est ainsi imposée entre les cocontractants. Or cette expression, très large, semble désigner non seulement les règles du fond, mais aussi le régime procédural de l'action en responsabilité.

Visiblement, les rédacteurs du *Code civil du Québec* ont donc attaché une importance toute particulière à ce principe du refus d'option.

⁵M. Tancelin et D. Gardner, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 5^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1992 au n^o 106.

⁶P.-G. Jobin, «*Wabasso* : Un arrêt tristement célèbre» (1982) 27 R.D. McGill 813 ; P.-G. Jobin, «Chroniques régulières : Contrats nommés» (1979) 39 R. du B. 939 ; M. Tancelin, «Chroniques régulières : Droit comparé» (1980) 40 R. du B. 160 ; M. Tancelin, «Option et cumul : Une mauvaise querelle» (1982) 27 R.D. McGill 834 ; M. Tancelin, «Option et cumul : Une fausse querelle doctrinale» (1982) 42 R. du B. 452 ; P.P.C. Haanappel, «The Choice between Contractual and Delictual (Tort) Actions in a Comparative Context» (1980) 11 C.C.L.T. 276 ; Haanappel, *supra* note 1 ; J.-L. Baudouin, «Chronique de droit civil québécois : Session 1980-81» (1982) 3 Sup. Ct. L. Rev. 311.

Et d'ailleurs, d'une certaine façon, ce principe paraît bien dans la logique des réformes réalisées par ce Code. En effet, celui-ci ayant sensiblement rapproché les régimes contractuel et délictuel⁷, on peut penser que le particularisme du régime contractuel a été réduit au strict minimum commandé par le respect du contrat, de telle sorte que toute tentative en vue de le neutraliser par substitution des règles délictuelles aux règles contractuelles normalement applicables peut apparaître comme une menace dirigée contre le contrat lui-même.

Toutefois, si l'on examine les solutions consacrées par la plupart des droits étrangers, force est de constater que le refus radical de toute option entre régime contractuel et régime délictuel est une solution peu répandue en droit comparé⁸. La plupart des systèmes juridiques adoptent, sur cette question, des positions qui sont soit franchement favorables à l'option, soit d'un empirisme qui laisse en fait une large place à celle-ci⁹.

Reste qu'en France, la règle dite du «non-cumul» — qui est en réalité une interdiction de l'option — a été défendue avec vigueur par la doctrine qui l'a parfois présentée comme répondant à une exigence impérieuse de logique¹⁰. D'ailleurs, la plupart des auteurs lui restent aujourd'hui attachés¹¹ et la jurisprudence l'applique quotidiennement¹².

⁷C. Masse, «La responsabilité civile» dans *La réforme du Code civil : Obligations, contrats nommés*, vol. 2, Ste-Foy (Qué.), Presses de l'Université Laval, 1993 à la p. 235, n° 4.

⁸Voir T. Weir, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, La Haye, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen/Mouton, 1976, c. 12, n° 47-72 ; M. Rutsaert, «Rapport de synthèse au 8^e colloque juridique international de Venise, octobre 1977» [1977] R.G.A.T. à la p. 532.

⁹C'est la position des jurisprudences anglaise et américaine. Voir Weir, *ibid.* aux n° 68-70 ; J. Jolowicz, dir., *Droit anglais*, 1^{re} éd., Paris, Dalloz, 1986 au n° 76.

¹⁰Voir R. Rodière, «Études sur la dualité des régimes de responsabilité», partie I, J.C.P. 1950.I.861 ; R. Rodière, «Études sur la dualité des régimes de responsabilité», partie II, J.C.P. 1950.I.868 ; E.N. Martine, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle* (thèse de doctorat en droit), Université de Caen, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957.

¹¹Voir G. Cornu, *Le problème du cumul entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, Rapport présenté au 6^e colloque international de Hambourg, 1962 [non publié] ; H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965 aux n° 173-207.

La quasi-totalité des traités et manuels récents présentent la règle du non-cumul comme un élément du droit positif qui n'appelle pas de discussion.

En revanche, plusieurs thèses lui ont consacré des développements importants. Les deux plus récentes sont celles de J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse de doctorat en droit, Paris-II, Collections Thèses Françaises, 1978 [non-publiée] ; M. Espagnon, *La règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle en droit civil français*, thèse de doctorat en droit, Paris-I, Collections Thèses Françaises, 1980 [non-publiée].

Parmi les thèses plus anciennes, il convient de citer celles de A. Brun, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle* (thèse, Lyon), Paris, Sirey, 1931 ; J. Van Ryn, *Responsabilité aquilienne et contrat*, thèse, Bruxelles, 1933 [non-publiée] ; W. Czachorski, *Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et délictuelle*, thèse, Bruxelles, 1962 [non-publiée].

Voir G. Viney, *Les obligations – la responsabilité : Conditions*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982 aux n° 216-31.

¹²Voir les arrêts dans Viney, *ibid.* aux n° 220-21. Voir également Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 1981, D.1982.I.24 ; Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 1982, Bull. civ. 1982.I.151, n° 170 ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1983, Bull. civ. 1983.I.74, n° 84 ; Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 1984, Bull. civ. 1984.I.126, n° 149 ; Cass.

Est-ce à dire qu'elle soit pour autant enracinée dans la tradition juridique française au point d'être définitivement inébranlable et intouchable ? L'affirmer serait, à mon avis, très excessif. En effet, si cette règle peut effectivement se réclamer de décisions assez anciennes¹³, elle n'a été vraiment systématisée qu'au cours des années cinquante¹⁴. Elle est donc relativement récente. En outre, elle comporte des exceptions assez nombreuses¹⁵ dont l'une au moins a une portée considérable, puisqu'elle concerne toute inexécution pénalement incriminée d'une obligation contractuelle. En effet, jusqu'à un arrêt du 3 mars 1993¹⁶, dont la portée reste pour l'instant incertaine, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a constamment admis que l'action civile fondée sur un tel fait peut être portée, accessoirement à l'action publique, devant la juridiction répressive, mais qu'elle doit alors être jugée selon les principes de la responsabilité délictuelle, le juge pénal n'ayant pas la possibilité de statuer sur le fondement des règles contractuelles. Or comme, en droit français, la victime dispose, sur le fondement des articles 2, 3 et 4 du *Code de procédure pénale*, d'un droit d'option entre la voie civile et la voie pénale, elle se trouve ainsi investie d'une faculté de choix entre l'application des règles contractuelles et celle des règles délictuelles¹⁷. C'est donc là une entorse de taille au principe du «non-cumul».

Enfin, il importe de souligner que la faveur dont celui-ci a longtemps bénéficié auprès de la doctrine tend à devenir moins enthousiaste, certains auteurs ayant exprimé des critiques sinon contre la règle elle-même, du moins contre la manière dont elle est parfois appliquée¹⁸.

C'est pourquoi il semble important d'examiner avec soin les résultats de l'expérience française afin de mettre éventuellement en garde les tribunaux québécois contre une interprétation trop systématique de l'article 1458 C.c.Q.

I. Les rayons et les ombres de «la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle» en droit français

C'est parce que le particularisme du régime de la responsabilité contractuelle leur est apparu comme une garantie de l'intégrité du contrat lui-même que la doctrine et la jurisprudence françaises ont posé en principe qu'il doit être protégé contre l'intrusion des règles délictuelles : c'est donc par rapport à cet objectif qu'il importe d'apprécier les positions actuelles du droit français. Les applications faites aujourd'hui de la règle du non-cumul sont-elles toutes réellement

com., 26 février 1985, Bull. civ. 1985.IV.67, n° 78 ; Cass. civ. 2°, 30 novembre 1988, Bull. civ. 1988.II.130, n° 240 ; Cass. com., 14 février 1989, Bull. civ. 1989.IV.39, n° 59 ; Cass. com., 13 novembre 1990, Bull. civ. 1990.IV.190, n° 71 ; Cass. civ. 2°, 26 mai 1992, Bull. civ. 1992.II.75, n° 154 ; Cass. civ. 1°, 4 novembre 1992, Bull. civ. 1992.I.181, n° 276 ; Cass. civ. 1°, 27 janvier 1993, Bull. civ. 1993.I.28, n° 42 ; Cass. civ. 2°, 9 juin 1993, Bull. civ. 1993.II.110, n° 204.

¹³Par ex. Cass. civ., 6 avril 1927, S.1927.I.201 (note H. Mazeaud), D.1927.I.111.

¹⁴Voir Rodière, *supra* note 10 ; Martine, *supra* note 10.

¹⁵Voir Viney, *supra* note 11 aux n° 222-25.

¹⁶Cass. crim., 3 mars 1993, Bull. crim. 1993.240, n° 96.

¹⁷Voir M. Muller, *L'inexécution pénalement répréhensible du contrat*, thèse de doctorat d'État, Paris-II, Collections Thèses Françaises, 1976 aux n° 138, 139.

¹⁸Voir notamment Espagnon, *supra* note 11 ; G. Viney, «Chroniques : Responsabilité civile» J.C.P. 1993.I.3664, n° 1-6 ; 3727, n° 4-6.

nécessaires au respect du contrat ? La manière dont cette règle est appliquée et mise en œuvre ne conduit-elle pas parfois à des résultats étrangers, voire même contraires, au but recherché ?

A. Parmi les applications que la jurisprudence fait de la règle du non-cumul, il en est qui sont commandées par le respect du contenu même du contrat, tandis que d'autres garantissent des particularités du régime contractuel qui ne touchent pas directement au contenu des obligations contractuelles.

1°) Dans les cas où l'application du régime délictuel aux actions en responsabilité fondées sur l'inobservation entre cocontractants d'une obligation contractuelle aurait pour effet d'altérer le contenu même de la convention, le principe de la force obligatoire du contrat est directement en cause. Les tribunaux n'ont donc jamais hésité, dans ces hypothèses, à s'opposer à l'extension du domaine d'application normal de l'article 1382 et suivants C.N.¹⁹.

Ce refus a été notamment exprimé à propos d'espèces dans lesquelles l'une des parties cherchait à utiliser l'article 1382 C.N. afin d'éviter que le fait générateur de la responsabilité ne fût apprécié en fonction des règles contractuelles. La jurisprudence s'est montrée en particulier intransigeante vis-à-vis des créanciers qui réclamaient l'application de l'article 1382 C.N. pour éluder les conséquences de dispositions légales ou de clauses conventionnelles restrictives de responsabilité²⁰. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion également, bien que plus rarement, de faire preuve de la même rigueur vis-à-vis du débiteur qui prétendait tirer argument de ce même texte pour échapper à une responsabilité stricte de nature contractuelle à laquelle il se trouvait exposé vis-à-vis du demandeur²¹.

Mais le plus souvent, lorsque l'extension du régime délictuel hors de son domaine propre est sollicitée par la victime, ce n'est pas l'article 1382 C.N. qui est invoqué, mais plutôt l'article 1384, premier alinéa C.N. Le régime de responsabilité de plein droit du fait des choses, dont ce texte est aujourd'hui le siège, n'a pas en effet de correspondant en matière contractuelle. Ici encore, la jurisprudence se montre donc très ferme dans son refus²². La même solution a d'ailleurs été également admise dans des cas où le demandeur cherchait à faire intervenir dans le champ contractuel les articles 1385 ou 1386 C.N. ou encore la théorie des troubles de voisinage²³.

Ajoutons que le souci de faire respecter le contrat a, de la même manière, amené les tribunaux à refuser l'application aux litiges soumis à l'empire du régime contractuel des règles délictuelles lorsqu'elles auraient eu pour effet de

¹⁹Voir Viney, *supra* note 11 au n° 220 ; Espagnon, *ibid.* au n° 60 et s.

²⁰Voir Cass. civ. 1^{re}, 11 janvier 1961, Bull. civ. 1961.I.23, n° 28 ; Cass. civ. 3^e, 14 avril 1964, Bull. civ. 1964.III.154, n° 182. Voir également Poitiers, 29 juin 1983, D.1984.Jur.61 (note G. Daverat).

²¹Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 1962, Bull. civ. 1962.I.238, n° 267.

²²Voir les arrêts cités dans Viney, *supra* note 11 au n° 220, n. 287. Voir également Cass. civ. 2^e, 15 décembre 1986, D.1987.Jur.221 (note C. Larroumet) ; Cass. civ. 2^e, 24 juin 1987, J.C.P. 1987.IV.304 ; Cass. civ. 2^e, 30 novembre 1988, Bull. civ. 1988.II.30, n° 240 ; Cass. civ. 2^e, 26 mai 1992, Bull. civ. 1992.II.75, n° 154.

²³Voir Espagnon, *supra* note 11 aux n° 107-12.

tenir en échec une clause quelconque du contrat, par exemple une clause pénale²⁴ ou une clause compromissoire²⁵.

Se rattachent enfin au respect du contrat les décisions qui refusent à la victime la possibilité de se prévaloir de l'assurance de responsabilité de l'auteur du dommage lorsqu'une clause du contrat d'assurance limite la garantie à la responsabilité délictuelle alors que l'action exercée est de nature contractuelle²⁶.

Ces applications de la règle du non-cumul sont évidemment justifiées dans leur principe, mais à la condition, bien entendu, que la qualification «contractuelle» de l'action exercée soit incontestable. Or, bien souvent, nous le verrons, elle ne l'est nullement.

2°) Parfois d'ailleurs, lorsque la règle du non-cumul est invoquée, ce n'est pas pour préserver le contenu et la portée des obligations elles-mêmes, mais pour *faire prévaloir certaines particularités du régime de la responsabilité contractuelle*. Or la Cour de cassation se montre également favorable à son application dans ces hypothèses.

Ainsi a-t-elle imposé, sur le fondement de ce principe, les règles de preuve normalement applicables entre cocontractants²⁷.

Elle a également eu l'occasion de refuser à la victime, sur ce même fondement, la possibilité d'écarter le principe de non-réparation du dommage contractuel imprévisible résultant de l'article 1150 C.N.²⁸.

Mais c'est surtout afin d'imposer les particularités du *régime de l'action en responsabilité contractuelle* que la règle du non-cumul est fréquemment invoquée et, ici encore, la jurisprudence s'est déclarée favorable à son application. La Cour de cassation refuse en effet catégoriquement, dès lors qu'il est constaté que les conditions d'application du régime contractuel se trouvent réunies, d'admettre que la victime soit autorisée à se placer sur le terrain délictuel soit pour faire jouer les règles de compétence juridictionnelle applicables en ce domaine, soit pour échapper aux délais de prescription ou de forclusion limitant la durée de l'action contractuelle²⁹.

Dans ces hypothèses, la règle du non-cumul acquiert alors une fonction qui dépasse largement la protection du contenu obligationnel du contrat. Elle devient une garantie de l'autonomie du régime de la responsabilité contractuelle. Certes, dans la mesure où ce particularisme est présenté comme une conséquence de l'origine contractuelle de la règle méconnue, ces applications

²⁴Cass. civ. 3^e, 1^{er} février 1972, Bull. civ. 1972.III.54, n° 74.

²⁵Cass. civ. 3^e, 17 juin 1970, Bull. civ. 1970.III.300, n° 413.

²⁶Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 1981, D.1982.Inf.24, [1981] R.G.A.T. 539 ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1983, Bull. civ. 1993.I.74, n° 84 ; Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1993, Bull. civ. 1993.I.28, n° 42.

²⁷Voir Cass. civ. 1^{re}, 30 avril 1968, Bull. civ. 1968.I.100, n° 128.

²⁸Voir Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 1982, Bull. civ. 1982.I.151, n° 170, Gaz. Pal. 1982. 2^e sem. Jur.612 (note F. Chabas) ; G. Durry, «Jurisprudence française en matière de droit civil : Responsabilité civile» (1982) Rev. trim. dr. civ. 144.

²⁹Voir les arrêts cités dans Viney, *supra* note 11 au n° 221, n. 293. Voir également Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 1984, Bull. civ. 1984.I.126, n° 145 ; Cass. civ. 1^{re}, 11 janvier 1989, J.C.P. 1989.II.21326 (note C. Larroumet) ; Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 1992, Bull. civ. 1992.I.181, n° 276.

paraissent logiques et naturelles. Il n'en reste pas moins qu'elles sont loin de s'imposer avec la même évidence que celles qui répondent directement au souci de faire respecter les obligations nées du contrat et les clauses insérées dans le contrat.

Bien plus, lorsqu'il s'agit de particularités discutables, comme celles qui touchent au régime de l'action³⁰, la règle du non-cumul, qui accuse leur impact, aggrave d'autant leurs inconvénients.

B. De façon générale, d'ailleurs, on peut constater que, telle qu'elle est maniée actuellement par la jurisprudence française, *la règle du non-cumul répond très mal à la fonction qui lui est en principe assignée*. En effet, elle met souvent obstacle à des demandes qui ne menacent nullement l'intégrité du contrat, alors qu'en revanche, dans beaucoup d'hypothèses où le respect des prévisions contractuelles est effectivement menacé par l'intervention d'un tiers, elle est purement et simplement écartée.

1°) *Il est très fréquent que la règle du non-cumul soit invoquée pour tenir en échec des demandes qui sont en réalité justifiées au fond et dont elle retarde ou empêche l'aboutissement, sans aucune utilité.*

a) C'est le cas notamment lorsque le juge déclare irrecevable une demande d'indemnité qui aurait été manifestement justifiée sur le terrain contractuel, tout simplement parce que le demandeur, ou son conseil, a commis une erreur de qualification en se plaçant sur le terrain de l'article 1382 et suivants C.N. La règle du non-cumul apparaît alors comme un moyen dilatoire idéal dont peuvent user et abuser les plaideurs de mauvaise foi.

On pourrait illustrer ce jugement par de nombreux exemples. Nous n'en prendrons qu'un seul, tiré de la jurisprudence récente³¹. Le propriétaire d'un immeuble situé dans un secteur protégé avait confié à un entrepreneur la réfection de ce bâtiment. L'entrepreneur ayant négligé les prescriptions de l'architecte des bâtiments de France, une subvention, qui était en principe accordée pour ces travaux, fut refusée et le propriétaire réclama une indemnité à l'entrepreneur pour compenser cette suppression. Le tribunal prononça une condamnation sur le fondement de l'article 1382 C.N. au motif que l'entrepreneur avait méconnu les dispositions du devis et contrevenu aux prescriptions techniques du programme de ravalement et que ce comportement constituait une faute. Or ce jugement fut cassé pour violation de la règle du non-cumul, l'article 1382 C.N. étant déclaré «inapplicable à la réparation d'un dommage se rattachant à l'exécution d'un engagement contractuel». Pourtant, dans cette espèce, l'inexécution du contrat était patente ; la règle du non-cumul n'aura donc servi qu'à en retarder la sanction.

b) Mais, il y a pire : *cette règle est en effet très souvent utilisée pour tenir en échec des demandes dont le caractère contractuel est en réalité extrêmement douteux.*

³⁰Voir Viney, *ibid.* au n° 237.

³¹Cass. civ. 2°, 9 juin 1993, Bull. civ. 1993.II.110, n° 204.

Deux exemples, pris presque au hasard dans la jurisprudence récente, illustrent cette affirmation.

Le premier est tiré d'un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 26 mai 1992³². Pendant les travaux de restauration d'un immeuble, un incendie se déclara et détruisit l'automobile du maître de l'ouvrage, garée près du chantier. L'action exercée contre l'entrepreneur fut accueillie en appel sur le fondement de l'article 1384, premier alinéa, mais l'arrêt fut cassé au motif «[q]u'en statuant ainsi sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1, du Code civil alors qu'elle retenait l'existence d'un marché de travaux entre les parties, la cour d'appel a violé les textes susvisés [tant l'article 1147 que l'article 1384, 1^{er} alinéa C.N.] [...]». Il s'agit donc là d'une application de la règle de non-cumul assortie de conséquences évidemment désastreuses pour la victime obligée de recommencer son procès uniquement parce que son conseil se serait trompé dans le choix du texte utilisé comme fondement de l'action. Or on peut fortement douter qu'il y eût ici erreur de qualification. Pour que celle-ci fût caractérisée, il faudrait en effet admettre que le contrat de louage d'ouvrage tendant à la rénovation d'un immeuble crée une obligation de sécurité quant aux biens du maître de l'ouvrage situés à proximité du chantier. Sinon, les conditions de la responsabilité contractuelle n'étant pas toutes réunies, il n'y aurait aucune raison d'exclure *a priori* l'application de l'article 1384, premier alinéa C.N. Or, le moins que l'on puisse dire, c'est que la reconnaissance de cette prétendue obligation de sécurité n'est guère réaliste.

Dans une autre affaire, qui a été soumise à la première chambre civile de la Cour de cassation le 27 janvier 1993³³, il s'agissait d'un accident causé par une tronçonneuse électrique alors que la victime donnait un coup de main à son frère pour couper du bois. La Cour d'appel ayant estimé que la situation n'était pas contractuelle, avait fait application de l'article 1384, premier alinéa C.N., mais l'assureur de responsabilité se pourvut en cassation. Il alléguait que le dommage résultait de l'inexécution d'un «contrat d'assistance bénévole» et qu'il ne devait donc aucune indemnité, la police d'assurance ne garantissant que la responsabilité délictuelle. Or il obtint gain de cause. Cette décision me paraît également contestable, car englober dans la catégorie des contrats pareille situation relève, me semble-t-il, de la plus haute fantaisie. En élargissant à ce point le concept de contrat, on lui retire en effet toute spécificité.

Ces espèces illustrent donc les inconvénients que présente l'application rigoureuse de la règle du non-cumul lorsqu'elle s'appuie sur une qualification contestable de la situation visée. Or, malheureusement, tel est le cas aujourd'hui dans un nombre croissant d'hypothèses, tout simplement parce que les notions qui commandent cette qualification sont toutes remises en cause et âprement discutées. C'est vrai pour la notion de contrat³⁴, mais aussi pour celle d'«obli-

³²Bull. civ. 1992.II.75, n° 154.

³³Bull. civ. 1993, n° 42.

³⁴Voir J. Ghestin, «La notion de contrat» D.1990.Chron.147 ; J. Mestre, «Jurisprudence française en matière de droit civil : Obligations et contrats spéciaux» (1989) Rev. trim. dr. civ. 309 ; G. Alpa, «Le contrat individuel et sa définition» (1988) 2 R.I.D.C. 327.

gation née du contrat ou rattachée à celui-ci»³⁵, ainsi que pour la détermination des «parties» et des «tiers» au contrat³⁶.

En particulier, le processus jurisprudentiel qui a conduit à rattacher au contrat, sur le fondement de l'article 1135 C.N., tout un réseau de prétendues «obligations» qui ne font en réalité que traduire entre cocontractants certains devoirs légaux existant entre toutes personnes, même en l'absence de contrat (comme les obligations de sécurité, d'information, de renseignements, de mise en garde, etc.) a créé une large zone commune dont le caractère mixte est évident. D'ailleurs, certains arrêts le révèlent clairement en admettant que le même fait — la non-révélation du danger de la chose vendue — constitue une «faute contractuelle» vis-à-vis du cocontractant et une «faute délictuelle» à l'égard des tiers³⁷. Dans ces conditions, on ne peut qu'être frappé par la justesse des remarques de M. le juge Paré, dissident, dans l'affaire *Wabasso*, qui paraissent également pertinentes dans le cadre du droit français actuel :

[J]e ne pourrais concevoir qu'une faute commise à l'intérieur d'un contrat puisse n'être que contractuelle à l'égard du contractant qui en subit le préjudice, alors qu'elle devient délictuelle à l'égard d'un tiers qui subirait le même préjudice. Je ne peux voir pourquoi le fait fautif en soi perdrait soudainement son caractère délictuel, parce que la victime est partie au contrat au cours duquel on la [sic] commet. [...]

C'est le caractère de l'acte lui-même qui engendrera celui de la faute et non pas l'existence ou l'absence de relations contractuelles entre l'auteur du dommage et sa victime.³⁸

Lorsqu'ils déclarent irrecevable une demande d'indemnisation fondée sur les principes de la responsabilité délictuelle au motif qu'elle aurait dû être placée sur le terrain contractuel alors que le fait dommageable revêt en réalité le double caractère d'inexécution contractuelle et de faute délictuelle, les juges français font donc un usage nettement excessif de la règle du non-cumul. En effet, ils permettent alors au débiteur de l'utiliser pour retarder la sanction de l'inexécution, ce qui va directement à l'encontre du but recherché, qui est précisément le respect du contrat.

2°) En revanche, paradoxalement, *dans d'autres hypothèses où il pourrait justement sembler nécessaire de faire prévaloir le régime contractuel afin d'éviter que les règles délictuelles ne tiennent en échec les prévisions des parties au contrat, le principe du non-cumul, tel qu'il est compris et appliqué par les tribunaux français, se trouve en défaut.*

En effet, lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle porte préjudice non pas au créancier lui-même, mais à un tiers, la jurisprudence admet en principe que la responsabilité du débiteur vis-à-vis du tiers est de nature extra-

³⁵Voir Viney, *supra* note 11 aux n° 185-86, 483 et s.

³⁶Voir, à ce sujet, la controverse entre J. Ghestin («La distinction entre les parties et les tiers au contrat» J.C.P. 1992.I.3628) et J.-L. Aubert («À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers» (1993) 1 Rev. trim. dr. civ. 263).

³⁷Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1983, Bull. civ. 1983.I.204, n° 228 ; Cass. civ. 3^e, 17 octobre 1984, J.C.P. 1984.IV.355.

³⁸*Wabasso* (C.A.), *supra* note 4 à la p. 283.

contractuelle. Ces cas de responsabilité délictuelle pour violation d'une obligation contractuelle sont en pratique extrêmement nombreux. Ils concernent, par exemple, les proches parents agissant en réparation de leur «dommage par ricochet» lorsque le dommage principal est la conséquence de la mauvaise exécution d'une prestation de nature contractuelle³⁹. De même, les victimes du défaut d'un produit ou d'une construction immobilière qui n'ont pas la qualité d'acquéreurs ou de sous-acquéreurs⁴⁰ disposent, contre le fabricant ou le constructeur ou les vendeurs intermédiaires avec qui ils n'ont pas de liens contractuels directs, d'actions en responsabilité qui obéissent au régime délictuel⁴¹. C'est le cas également des victimes d'une prestation de services défectueuse qui agissent non pas contre leur propre cocontractant, mais contre un sous-contractant (sous-traitant, sous-locataire, sous-transporteur, etc.)⁴². Sont enfin soumises au régime délictuel, les actions entre coparticipants à une activité commune qui ne sont pas liés entre eux par contrat⁴³.

Ainsi est-il courant de voir un tiers au contrat agir contre le débiteur en s'appuyant sur le contrat dont il invoque l'inexécution.

Or, dans ces cas, la qualification «délictuelle» de la responsabilité qu'il met en œuvre permet au tiers de répudier d'autres dispositions du même contrat comme, par exemple, les clauses aménageant la réparation ou limitant la responsabilité, puisque ces clauses sont nulles en matière délictuelle⁴⁴. Autrement dit, le débiteur peut, tout en invoquant le contrat auquel il n'a pas été partie, dans la mesure où ce contrat lui est utile pour justifier la responsabilité, écarter les clauses de ce même contrat qui le gênent. C'est là une situation qui peut paraître anormale, car elle favorise, par l'extension des règles de la responsabilité délictuelle, un véritable bouleversement des prévisions contractuelles⁴⁵.

En outre, la soumission de l'action en responsabilité au statut délictuel entraîne l'application de règles de compétence et de prescription qui sont souvent différentes de celles auxquelles aurait été soumis le cocontractant si c'était lui qui avait eu à se plaindre de l'inexécution.

³⁹Voir Viney, *supra* note 11 au n° 210 et les arrêts cités, en particulier, Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} avril 1968, Bull. civ. 1968.I.89, n° 112 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 1973, Bull. civ. 1973.I.266, n° 298 ; Cass. civ. 2^e, 22 janvier 1976, Bull. civ. 1976.II.19, n° 23.

⁴⁰Ceux-ci disposent en effet d'une action «nécessairement contractuelle», ce qui les empêche de se placer sur le terrain délictuel. Voir P. Jourdain, «La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'Assemblée plénière du 12 juillet 1991» D.1992.Chron.149.

⁴¹Voir Viney, *supra* note 11 au n° 211 et arrêts cités.

⁴²Voir J. Neret, *Le sous-contrat*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979 au n° 308 ; Viney, *ibid.* au n° 212. En matière de sous-traitance, voir Cass. Ass. plén., 12 juillet 1991, Bull. civ. 1991. Ass. plén., n° 5, D.1991.Jur.549 (note J. Ghestin), J.C.P. 1991.II.21743 (note G. Viney).

⁴³Voir Viney, *ibid.* au n° 213 et arrêts cités.

⁴⁴Voir G. Viney, *Les obligations — la responsabilité : Effets*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988 au n° 213 et arrêts cités.

⁴⁵Voir les critiques exprimées par B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975 aux n° 492-95, 564-72 ; Neret, *supra* note 42 à la p. 197 ; Huet, *supra* note 11 à la p. 400 ; F. Bertrand, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse de doctorat d'État, Paris-II, 1979 au n° 277 et s. ; Espagnon, *supra* note 11 au n° 188 et s. ; R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990 au n° 484 et s.

Ainsi, le demandeur non contractant est admis à se servir du contrat pour fonder son action, sans être pour autant soumis à l'ensemble des règles qui s'appliquent aux contractants.

Ce qui est plus étonnant encore, c'est que le rejet des règles contractuelles a parfois pour effet de conférer au tiers une situation plus avantageuse vis-à-vis du débiteur de la prestation inexécutée que celle du créancier lui-même. Notamment, il peut échapper aux courtes prescriptions qui sont nombreuses en matière contractuelle⁴⁶, il peut répudier les clauses limitatives de responsabilité, etc.

Autrement dit, l'application des règles délictuelles dans ces relations entre débiteur et tiers victime de l'inexécution permet de déjouer les prévisions du contrat, ce qui va directement à l'encontre du résultat que la règle du non-cumul est censée garantir.

En définitive, la mise en œuvre actuelle de la règle du non-cumul par la jurisprudence française paraît franchement défectueuse. D'une part, elle produit des effets pervers très graves en retardant abusivement l'admission de nombreuses demandes pourtant justifiées au fond et, d'autre part, elle n'empêche nullement la déformation du contrat par l'intrusion, à l'initiative des tiers, des règles délictuelles dans le champ contractuel.

La constatation de ces imperfections conduit donc à prôner une interprétation modérée et circonstanciée de l'article 1458, deuxième alinéa C.c.Q.

II. Les enseignements à tirer de l'expérience française pour l'interprétation de l'article 1458, deuxième alinéa C.c.Q.

Afin d'éviter que le refus d'option imposé par ce texte ne conduise aux mêmes errements que ceux auxquels a donné lieu en France la règle du non-cumul, les juges doivent constamment garder à l'esprit le but de cette disposition, qui est d'assurer le respect du contrat. C'est donc la seule préoccupation qui devrait les guider aussi bien pour déterminer le domaine de la règle nouvelle que pour définir les modalités de sa mise en œuvre.

A. Pour assigner au refus d'option un *domaine* qui lui permette de remplir, sans la déborder, la fonction qui est la sienne, il conviendrait, semble-t-il, de l'utiliser seulement pour protéger, contre l'intrusion des règles délictuelles, les obligations qui sont réellement nées du contrat. Mais, dans ce domaine, elle devrait s'imposer à toute personne qui se prévaut de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat à l'appui de son action en réparation.

1°) Il est clair aujourd'hui que, parmi les obligations dont l'inexécution est sanctionnée entre contractants par la responsabilité contractuelle, il existe deux catégories bien différentes. Certaines, qui apparaissent comme les obligations principales, tendent directement à la réalisation de l'opération économique que les parties ont envisagée en contractant. C'est par exemple, en cas de vente, l'obligation de livrer la chose et celle de payer le prix, en cas de louage de

⁴⁶Délai d'un an en matière de transport terrestre, délai décennal ou biennal en matière de construction, «bref délai» de l'action en garantie contre le vendeur, etc.

chose, l'obligation d'assurer la jouissance paisible de la chose et celle de payer le loyer, etc. Il s'agit d'obligations uniquement et spécifiquement contractuelles qui forment le cœur même de la convention.

Cependant, autour de ce noyau central, se sont greffées d'autres obligations dites «accessoires» qui ne sont pas moins importantes mais qui sont moins étroitement dépendantes du contrat, car elles ne font que traduire entre cocontractants des normes de comportement de portée générale : ce sont notamment les obligations de sécurité, d'information, de mise en garde, de loyauté et de bonne foi, etc.

Autrement dit, à côté des obligations spécifiquement contractuelles, il existe des normes de comportement qui s'imposent aux cocontractants comme elles s'imposeraient à des non-contractants qui se trouveraient dans une situation analogue.

Certes, on peut admettre que ces normes soient intégrées dans la sphère contractuelle lorsque c'est à l'occasion de l'exécution du contrat qu'elles se manifestent. En effet, le contrat peut avoir sur elles une certaine influence en les précisant, en les aménageant ou en les renforçant. Mais il n'en reste pas moins qu'elles sont par nature détachables du contrat, car elles peuvent exister également dans des situations non contractuelles.

C'est pourquoi, si ces obligations ne sont pas exécutées correctement et qu'un dommage survient, rien ne s'opposerait, me semble-t-il, à ce que la victime puisse choisir, pour demander réparation, entre l'action en responsabilité contractuelle et l'action en responsabilité délictuelle. Autrement dit, en cas de méconnaissance d'une obligation accessoire traduisant une norme générale de comportement, la règle du refus d'option (article 1458, deuxième alinéa C.c.Q.) pourrait, à mon avis, être écartée, car elle est inutile.

2°) En revanche, lorsque l'action est fondée sur la méconnaissance d'une obligation spécifiquement contractuelle, cette règle mérite, me semble-t-il, d'être imposée non seulement au créancier originel, partie à la conclusion du contrat, mais aussi à tous ceux qui se prévalent de cette inexécution pour agir en responsabilité contre le débiteur.

Le fait de se fonder sur le contrat pour demander réparation au débiteur devrait en effet obliger le demandeur à se plier aux clauses dudit contrat. Les distinctions faites actuellement par la jurisprudence française entre les quelques catégories de tiers — en particulier les sous-acquéreurs — qui disposent d'une «action directe» de nature contractuelle et, de ce fait, se trouvent privés d'action délictuelle⁴⁷ et les autres tiers, beaucoup plus nombreux, qui sont soumis au régime délictuel⁴⁸, ne paraissent pas justifiées.

En particulier, dans le domaine très vaste des sous-contrats⁴⁹, la règle du refus d'option pourrait, à mon avis, jouer un rôle fort utile en évitant que l'ap-

⁴⁷Voir Jourdain, *supra* note 40.

⁴⁸Voir G. Viney, «Chronique : Droit des obligations» J.C.P. 1992.I.3572 ; J.C.P. 1993.I.3664, n° 1-6.

⁴⁹Voir Neret, *supra* note 42.

plication des règles délictuelles aux relations entre créancier principal et sous-contractant ne permette de déjouer les prévisions du contrat principal. Si elle y parvenait, elle obtiendrait alors un résultat que la règle française du non-cumul s'est révélée incapable d'atteindre.

B. Quant à *la mise en œuvre judiciaire du refus d'option*, elle devrait également être dominée par le souci de ne pas dévier du but poursuivi, à savoir le respect du contrat.

Or ceci implique, de la part des juges, certaines précautions.

1°) La première consisterait à *vérifier, avant de faire usage du refus d'option, que les règles délictuelles dont l'application est demandée sont susceptibles de porter effectivement atteinte au respect du contrat.*

Nous avons vu qu'en France la règle du non-cumul est aujourd'hui opposée avec succès à toute demande qui est fondée sur les règles délictuelles dès lors qu'il est constaté qu'elle relève du domaine réservé à l'application du régime de la responsabilité contractuelle.

Parfois, elle permet donc d'écarter l'application de solutions empruntées au régime délictuel qui mettraient effectivement en échec les clauses du contrat et déjoueraient ainsi les prévisions des contractants. Dans ces hypothèses, l'application de la règle du non-cumul est justifiée.

Mais il arrive également qu'elle entraîne le rejet de la demande ou la cassation d'une décision ayant accueilli celle-ci, alors qu'il n'est nullement établi que les principes délictuels auraient porté une atteinte quelconque au contrat, et elle conduit alors à des résultats regrettables.

Par exemple, si la responsabilité du débiteur d'une obligation de résultat a été recherchée par erreur sur le fondement de l'article 1384, premier alinéa C.N., mais que les règles du contrat étaient susceptibles de justifier la condamnation, on ne voit vraiment pas l'avantage de la retarder ou d'y faire obstacle.

Il en va de même lorsque le commettant est poursuivi pour le fait de son préposé sur le fondement de l'article 1384, cinquième alinéa C.N., alors que l'activité du préposé se situait dans le champ contractuel. En effet, la règle du non-cumul ne devrait pas non plus être invoquée dans une telle hypothèse pour faire obstacle à la responsabilité, puisque celle-ci est aussi bien justifiée sur le terrain contractuel.

On peut donc souhaiter que, lorsqu'ils seront saisis sur le fondement de l'article 1458 C.c.Q., les juges québécois évitent ces excès. Pour ce faire, ils devraient toujours, avant de repousser une demande ou de censurer une condamnation fondée à tort sur les principes de la responsabilité délictuelle, alors qu'ils constatent que c'est le régime contractuel qui aurait dû s'appliquer, vérifier que l'application des règles délictuelles porte effectivement atteinte au respect du contrat.

2°) D'ailleurs, même après cette vérification, *ils devraient faire en sorte que l'erreur de qualification retarde le moins possible le règlement du litige au fond.* Or, dans cette perspective, il n'est pas souhaitable, me semble-t-il, qu'ils

se contentent, comme le font souvent les juges français, de déclarer la demande irrecevable. Ils devraient toujours prendre la peine, après avoir provoqué les explications des parties, de requalifier correctement les faits et de statuer au fond sur la base des textes réellement applicables chaque fois qu'ils disposent des éléments nécessaires pour le faire.

Conclusion

En définitive, l'enseignement principal que l'on peut tirer de l'examen de la jurisprudence française sur cette question du refus d'option entre régimes contractuel et délictuel, c'est que le juge ne devrait jamais perdre de vue la raison d'être des règles qu'il applique. S'il donne à un principe, aussi justifié soit-il, une portée absolue et s'il l'applique ensuite systématiquement et mécaniquement, sans prendre garde aux conséquences, celles-ci se révèlent, tôt ou tard, inadaptées, souvent néfastes et parfois même contraires au but recherché. C'est la difficulté, mais aussi l'utilité et l'intérêt du rôle du juge que d'utiliser avec discernement les instruments que lui fournissent la loi, la doctrine et les précédents judiciaires pour parvenir à la solution la plus juste du litige qui lui est soumis. Mais il doit toujours avoir conscience qu'il ne s'agit là que d'instruments qu'il lui incombe de manier avec intelligence, sans jamais oublier leur finalité.
