

I casi di confine tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale in diritto francese e belga

1. La rencontre de deux actions

En droits français et belge, comme dans tous les systèmes juridiques héritiers du droit romain, il y a deux grands mécanismes permettant d'obtenir la réparation d'un dommage subi : la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle, ou aquilienne. Les rapports entre ces deux responsabilités ont évolué au fil du temps et restent un problème délicat.

En matière contractuelle, le Code civil offre plusieurs remèdes au créancier victime d'un débiteur défaillant, dont l'article 1147, qui lui accorde la possibilité de réclamer des dommages et intérêts, lorsque l'exécution en nature est impossible. Quant à la responsabilité aquilienne, l'article 1382 impose une obligation plus générale de réparer tout dommage causé à autrui.

Le problème se pose donc lorsque dans une relation contractuelle, lorsque le débiteur cause un dommage par sa faute. Si le créancier veut assigner le débiteur en responsabilité aquilienne plutôt que contractuelle, le peut-il. Autrement dit, le créancier choisit-il librement la façon dont il obtient réparation ?

Les deux actions trouvent leur origine dans une « faute » du débiteur. Inexécution, ou mauvaise exécution du contrat dans la première hypothèse, comportement fautif, imprudent, ou négligent, dans la seconde. Elles entrent en concurrence dans les cas où l'irrespect du contrat constitue aussi la violation du devoir édicté par l'article 1382.

Lorsque la faute commise par le débiteur ne présente aucun lien avec le contrat, le créancier disposera de deux droits : l'un fondé sur le contrat, l'autre sur la responsabilité aquilienne. Dans le cas contraire, le créancier devra recourir en premier lieu au remède contractuel. Une même faute ne peut en effet occasionner une double réparation entre les mêmes personnes¹.

La frontière entre ces deux hypothèses est cependant difficile à tracer. La Cour de cassation de France en 1955², et de Belgique en 1973³ ont établi les conditions dans lesquelles une faute était sans rapport avec l'obligation contractuelle. Elles exigent que l'auteur du fait incriminé ait manqué à un devoir indépendant du contrat, et que le dommage causé ait porté atteinte à un bien de la victime autre que le simple bénéfice du contrat.

En dehors de ces circonstances, les domaines de la responsabilité contractuelle et aquilienne se croisent. En principe, ils occupent des champs distincts, et l'action contractuelle prime sur la seconde en raison de ses spécificités. Ainsi, le créancier qui se prétend victime du comportement de son débiteur ne peut ni cumuler ces deux actions, ni choisir celle qui lui

¹ René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, 1925, t. V, p. 523 et suivantes, spéc. p. 560.

² Cass. civ., 13 mai 1955, D., 1956, p 53.

³ Cass. 7 décembre 1973, RCJB, 1976, p. 15.

semble préférable. En de rares cas, cependant, nous verrons que les droits belges et français lui permettent de choisir parmi ces remèdes.

Notons que les expressions de « cumul » et de « concours » sont fréquemment employées par les ouvrages de doctrine lorsqu'ils traitent du sujet. Pour la clarté de l'exposé, nous éviterons d'employer ces vocables, et leur préférerons le terme « option ».

2. L'absence de « terra di nessuno »

La coexistence de ces deux ordres de responsabilité permet d'éviter les écueils d'une responsabilité civile limitée a priori. Mais ce que nous gagnons en dédommagement, nous le perdons en simplicité : la concurrence entre les deux systèmes est forte, et bientôt les demandeurs ne savent plus sur quelle base il leur est permis d'assigner un débiteur défaillant.

D'autre part, on observe un rapprochement toujours plus marqué entre responsabilité contractuelle et aquilienne, qui s'effectue au détriment de la première, à laquelle on attribue dorénavant le même rôle réparateur qu'à la responsabilité aquilienne⁴. Cette thèse s'est progressivement imposée en France sous l'influence de Marcel Planiol, et en Belgique sous celle d'Henri de Page⁵. Affirmant que la nature de l'obligation violée restait sans influence sur la faute⁶, le premier a particulièrement contribué à atténuer la différence de nature entre les deux responsabilités.

Le droit français semble d'ailleurs se diriger vers un abandon de la distinction entre les deux responsabilités : en témoignent la responsabilité du producteur défaillant et la volonté de transcender la dualité par une obligation universelle de sécurité⁷. Si l'évolution s'effectue en faveur d'une unité, celle-ci se fera probablement en fonction de la responsabilité aquilienne, jugée plus protectrice⁸.

Notons qu'en *common law*, où contrats et *torts* semblaient maintenus à l'écart l'un de l'autre, une tendance récente consiste à offrir au demandeur le choix entre les deux remèdes⁹. Ce choix peut être perçu comme un premier pas dans l'atténuation des différences entre contrats et *torts*¹⁰.

3. Conception historique des rapports entre responsabilités contractuelle et aquilienne

⁴ Philippe REMY, *La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept*, RTDC, 1997, p. 323.

⁵ Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire*, 3^e édition, Paris, 1905, t. II, n°863ss. ; Henri DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, 1964, t. II, n°583.

⁶ Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. II, 3^e édition, Paris, 1905, n°877.

⁷ Voy. cass. civ., 17 janvier 1995, D., 1995, p. 350.

⁸ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, Volume 2, 1^e édition, « quadrigé », Paris, 2004, p.2412.

⁹ *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon* [1976] QB 801, 819; *Midland Bank trust co. Ltd. v. Hett, Stumps and Kemp* [1979] Ch. 384; *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.* [1995] 2 AC 145.

¹⁰ B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 4th ed., Oxford, 1999, p.11.

En 1672, Samuel Pufendorf traitait dans deux chapitres distincts de l'obligation de réparer le dommage causé à autrui, et de celle de « tenir sa parole »¹³. Son développement ne questionnait toutefois pas les liens entre mécanismes contractuel et extracontractuel.

Bien plus tard, les juridictions se poseront la question du choix d'une action plutôt que l'autre¹⁴. A la fin du 19^e siècle, avec l'hypercriticisme historique et les recherches des fondements philosophiques du droit²⁰ apparaitra la notion de « responsabilité contractuelle ». La faute contractuelle²¹ avait été évoquée par Jean-Baptiste Domat²², Robert-Joseph Pothier²³ et Charles Toullier²⁴. Mais les rédacteurs du Code civil français attribuaient aux dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat une fonction d'exécution par équivalent et non de réparation²⁵.

Lorsque la question de l'option apparut, la majorité de la doctrine affirma que responsabilités contractuelle et aquilienne occupaient deux champs distincts²⁶. Les raisons tenaient en général à leurs physionomies : si l'on pouvait à défaut de responsabilité contractuelle invoquer la responsabilité délictuelle, le contrat n'exercerait plus d'influence entre les parties.

Depuis lors, de rares auteurs ont soutenu la thèse de l'option, invoquant l'équité, et la généralité du texte de l'article 1382 qui vise une faute « quelconque²⁷ ». Leurs confrères se prononcent massivement en sens inverse, en raison de la particularité de l'institution contractuelle²⁸ imposant au créancier nombre de limitations, qui en cas d'option deviendraient lettre morte²⁹. La force obligatoire du contrat et son économie même sont également invoquées : le débiteur ne doit pas être surpris par une responsabilité qu'il n'a pas envisagée³⁰, en particulier en cas de clause limitative de responsabilité³¹.

¹³ Samuel VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et le droit des gens*, t. 1 (spéc. L. III), Amsterdam, 1712. Voy. le chapitre 1^e « *Qu'il ne faut faire du mal à personne et que si l'on a causé du dommage on doit le réparer* » et le chapitre 4 « *De la fidélité inviolable avec laquelle on doit tenir sa parole et des différentes sortes d'obligations engagées* ».

¹⁴ Henri DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, 1964, T. II Livre 3 768, 922.

²⁰ Jean-louis GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, p. 64.

²¹ Philippe REMY, *La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept*, RTDC 1997, p.329.

²² L'œuvre de Domat ne comporte qu'une allusion à l'idée de faute contractuelle, au sujet des dommages et intérêts dus en raison d'un engagement (Œuvres de Domat, éd. J. Rémy, Paris, 1835, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. VIII, S. IV, p. 480, n°2.).

²³ Robert-Joseph POTIER, *Traité des obligations*, éd. Dupin, 1827, n°142.

²⁴ Charles TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. 6, Paris, 1821, n°232 ss.

²⁵ Philippe REMY, *La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept*, RTDC 1997, p.351.

²⁶ LABBÉ, note, Sir., 1885, 4, 26 col.2 ; BONNET, *Responsabilité civile et contrat*, Revue critique, 1912, p.318 ; FERRON, note, Sir. 1911, 2, 234 ; BOUVIER BAUGILLON, note sous req. 20 janv. 1902, P.F. 1903, I, 5 ; ROUARD DE CARD, France judic., 1894, I, 161; PERROUD, note, S. 1913, 2, 209 ; THALLER et JOSSERAND, *Transports*, p. 521, n°628.

²⁷ En droit français : BONNECASSE, Supplément, II, n° 452-506 ; SAVATIER, I, n°148 s ; Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 1^e édition « quadrigé », Paris, 2004, PUF, vol. 2 ; En droit belge : VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif*, Sirey, 1932.

²⁸ En droit français : Paul ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e édition, t. IV, Paris, LGDJ, 1948, n°493 ; JOSSERAND, I, n°486 ; En droit belge : R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité*, Les Nouvelles, t. V., Vol. I et II.

²⁹ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9^e édition, Paris, Dalloz, 2005, p.852.

³⁰ Laurent AYNÈS et Philippe MALAURIE, *Cours de droit civil, Les obligations*, 2^e édition, Paris, Cujas, 1990, p.488.

³¹ Muriel FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, Paris, 2004, p.642.

4. L'interdiction de l'option en droit français

La jurisprudence française ne tarda pas à interdire le choix entre responsabilité contractuelle et aquilienne. En 1895, la Cour de cassation affirma : « Si le dommage se rattache à l'exécution d'un contrat, il n'est pas possible d'en demander la réparation sur le fondement de la responsabilité délictuelle ». Il convenait donc de privilégier la voie contractuelle. Une série continue d'arrêts confirmera cette opinion³². Fréquemment, la distinction entre les deux ordres de responsabilité ne recouvrerait pas d'intérêt pratique³³, le résultat étant identique quelque soit le fondement invoqué. Ainsi, la Cour rappela le principe posé en 1895 à l'occasion de l'examen d'un comportement que l'on ne pouvait qualifier de fautif sur aucun terrain juridique³⁴. Parfois même, les décisions ne distinguaient pas entre les deux mécanismes : ainsi, un même comportement fut condamné, au titre de la responsabilité délictuelle, puis, quelques années plus tard, à celui de la responsabilité contractuelle³⁵.

Mais il arrivait que la distinction relève une importance particulière, notamment en raison des durées de prescriptions différentes³⁶, ou de la compétence territoriale des juridictions³⁷. La Cour de cassation se montrait alors ferme, et rappelait la philosophie de l'interdiction. Dans un arrêt « colis postaux », rendus en 1918, elle dénia catégoriquement à la responsabilité aquilienne toute vocation à venir pallier les insuffisances de la responsabilité contractuelle³⁸. Il était demandé à la Cour de se prononcer sur les effets d'une clause contractuelle d'après laquelle les dommages et intérêts ne dépasseraient pas les indemnités forfaitaires légales. La Cour répondit qu'il convenait de respecter de telles clauses limitatives de responsabilité et elle interdit au créancier de les contourner par une action en responsabilité aquilienne⁴⁰.

Notons que si le droit français maintient encore de manière assez ferme cette interdiction, le créancier est admis à invoquer un fondement principal contractuel, et un fondement subsidiaire extracontractuel. Le juge n'examinera celui-ci qu'au cas où le premier aura été écarté comme non applicable à l'espèce⁴¹. Par contre, les actions « hybrides » où le demandeur choisirait respectivement les règles qui lui sont favorables⁴² doivent être écartées.

³² Cass. civ 11 janvier 1922, DP 1922.1.16, S. 1924.1.105, note René DEMOGUE ; cass. civ. 1^e, 24 nov. 1954, JCP 1955, II, 8625 ; 7 déc. 1955, D. 1956.136, JCP 1956 II 9246 ; 30 oct. 1962, D. 1963.57, note P. Esmein ; cass. civ. 23 nov. 1966, D. 1966.313, note CABRILLAC ; cass. civ 9 mars 1970, Bull. civ., I, n°87, p.71 ; cass. civ. 2^e, 9 avril 1970, JCP 1970, IV, 136 ; cass. civ. 11 mai 1982, R.T. 83, 145 ; Com. 26 fév. 1985, Bull., n°78 ; cass. civ. 11 janv. 1989, JCP 89, 2, 21326 ; cass. civ. 9 juin 1993, JCP 1994, II, 22264, note ROUSSEL ; Paris, 23 nov. 1993, G.P. 94, 1, 1 ; cass. civ. 1^e, 19 mars 2002, contrats, conc., consomm., 2002 comm. 106, obs. LEVENEUR.

³³ Jean CARBONNIER, Droit civil, Volume 2, 1^e édition, « quadrigé », Paris, 2004.

³⁴ Cass. civ 11 janvier 1922, DP 1922.1.16, S. 1924.1.105, note René DEMOGUE.

³⁵ Comp. au sujet de la responsabilité d'un maréchal-ferrant req. 19 janv. 1938, DH, 1938, 148, Gaz. Pal., 1938, I, 520 et civ. 22 nov. 1950, JCP, 1950, II, 5924.

³⁶ Req. 9 nov. 1908 : S. 1912, 565, D. 1912, 1, 241 ; cass. civ. 2 mai 1936 : S. 1937, 1, 321, D. 1936, 1, 88.

³⁷ Cass. civ. 22 mai 1933, S. 1933, 1, 263, DH 1933, 395, Gaz. Pal. 1933, 2, 384. L'article 46 du Nouveau Code de procédure civile français précise en effet qu'en matière contractuelle, le juge compétent est celui du lieu de l'exécution de l'obligation, alors qu'en matière aquilienne, il s'agit du juge du lieu du fait dommageable, ou du lieu où le dommage a été subi.

³⁸ Cass. civ. 14 et 15 janv. 1918, S. 1920, 1, 75.

⁴⁰ Cass. civ 12 avril 1892, S. 94, 1, 417.

⁴¹ Muriel FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, Paris, 2004, 642.

⁴² François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9^e édition, Paris, Dalloz, 2005, 851.

5. Tempéraments et exceptions

Le droit français accepte toutefois qu'en certaines circonstances, le créancier s'engage dans la voie de la responsabilité aquilienne. Le désir de réaction envers l'inexécution criminelle du contrat, ou la défaveur envers certaines clauses limitatives de responsabilité, justifient ces assouplissements⁴³.

Parfois, l'action contractuelle se rapproche simplement de l'action aquilienne, en conservant sa spécificité. Ainsi, en cas de dol dans l'exécution, le législateur écarte plusieurs règles relatives au droit des contrats. L'article 1150 du Code civil permet notamment d'éviter la limitation posée par le droit de la responsabilité contractuelle au montant du « dommage prévisible »⁴⁴. Le forfait légal de dommages et intérêts moratoires sera écarté de la même manière par l'article 1153, alinéa 4. Soulignons cependant que l'action garde ici sa nature contractuelle.

On ne recense que peu de cas dans lesquels la jurisprudence française a reconnu à la responsabilité délictuelle un droit de police ou d'intervention à l'intérieur du contrat. La Cour de cassation, qui lui avait à plusieurs reprises nié toute vocation à venir renforcer la responsabilité contractuelle, assouplira sa position, en particulier dans les hypothèses où l'obligation violée ne fait pas réellement partie du contenu du contrat.

Un premier pas en ce sens sera réalisé en matière de dol lors de la formation du contrat, où l'on permet au demandeur de choisir entre l'action en nullité du contrat et l'action en responsabilité délictuelle, cette dernière étant plus avantageuse en raison de sa durée⁴⁵.

L'option a également été ouverte en droit civil de la construction. Lorsqu'un dommage a été causé à un tiers par le vice de son immeuble, le maître de l'ouvrage dispose d'un recours contre son entrepreneur ou son architecte. Trois actions lui sont ouvertes⁴⁶ : l'action contractuelle de droit commun, l'action aquilienne en raison de la subrogation aux droits de la victime⁴⁷, ou l'action spéciale en responsabilité décennale. Ce dernier remède est prévu par les articles 1792 et 2270 du Code civil en cas de vice de construction de l'immeuble. Sa durée de prescription est de dix ans. On comprend donc aisément les avantages d'une action aquilienne soumise à une prescription trentenaire, même si elle n'est accueillie qu'en cas de faute dolosive et extérieure au contrat⁴⁹. Il faut cependant noter que la Cour de cassation a récemment opéré un revirement important, puisqu'elle interdit dorénavant cette option⁵¹.

Quant aux clauses de non-responsabilité⁵², ou limitatives de responsabilité⁵³, la jurisprudence française affirma en premier lieu qu'elles ne pouvaient supprimer le droit à

⁴³ René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, 1925, T. V p. 523 et suivantes, spéci. p. 557.

⁴⁵ Cass. civ. 15 fév. 1975: JCP, II 18100; cass. Civ. 1, 14 nov. 1978 : B., I, n°279.

⁴⁶ Laurent AYNÈS et Philippe MALAURIE, *Cours de droit civil, Les obligations*, 2^e éd., Paris, Cujas, 1990, p.488.

⁴⁷ Cass. civ. 3^e, 1^e déc. 1987, bull. civ. III, n°52; cass.civ. 31 oct. 1989, bull. civ. III, n°99 ; cass. civ. 13 juin 1990, bull. civ. III, n°143 ; cass. civ. 6 mars 1991, bull. civ. III, n°78 ; 29 janv. 1992, bull. civ. III n°30.

⁴⁹ Cass. civ. 3e, 13 nov. 1970, B. II, n°596 ; ⁴⁹ Cass. civ 3e, 18 déc. 1972 : D. 1973, 272 ; cass. civ. 11 mai 1982, B. I n°170; cass. civ. 9 mai 1979 : D. 1980, 414, note ESPAGNON.

⁵¹ Cass. civ. 9 juin 1993 : B. II, n°204 ; JCP 1994, II, 22264 ; cass. civ. 3^e, 24 mars 1999 : RTD civ. 1999, p.640, obs. P. JOURDAIN ; cass. civ. 21 juill. 1999, 3 arrêts, RTD civ. 2000, p.120, obs. P. JOURDAIN.

⁵² Cass. civ. 9 nov. 1915, DP 1921.1.23.

⁵³ Cass. civ. 23 juin 1936 : Gaz. Pal. 1936, 2, 353. ; cass. civ. 1^e 28 nov. 1967 : D. 1968.199 ; cass. civ. 3^e, 13 nov. 1970, Bull. civ. III, n°596.

réparation si le créancier prouvait la faute de son cocontractant⁵⁴. Elle précisa ensuite qu'en présence d'une faute légère, le débiteur continuait à bénéficier d'une clause de non-responsabilité, ou limitative de responsabilité⁵⁵. Elles perdent donc leurs effets lorsque le créancier est victime d'une faute lourde ou d'un dol de la part du débiteur.

D'autre part, le droit français admet la voie aquilienne lorsque la faute constitue également une infraction pénale⁵⁸. L'option est ainsi offerte au patient qui se constitue partie civile à l'égard du médecin qui lui a occasionné un dommage corporel⁵⁹. Le jeu des clauses limitatives de responsabilité est alors écarté⁶⁰.

Enfin, il est parfois permis au bénéficiaire d'une stipulation pour autrui d'opter entre action contractuelle et aquilienne⁶². L'achat d'un titre de voyage met en œuvre ce mécanisme en faveur des successeurs d'une personne défunte⁶³. De même, la vente de sang contaminé contient une provision implicite en faveur des personnes qui reçoivent la transfusion⁶⁴.

6. Le droit belge

Au moment où en France le contrat chassait la responsabilité aquilienne⁶⁵, la Cour de cassation de Belgique permit de manière assez large l'option entre responsabilité contractuelle et aquilienne. En 1889⁶⁶, puis en 1930⁶⁷, elle affirma que l'article 1382 du Code civil s'imposait en toute circonstance, même lorsque le contrat était l'occasion du dommage.

Un arrêt du 7 décembre 1973⁶⁸ remit ce principe en question : « La responsabilité du préposé ou de l'agent de l'exécution qui intervient pour exécuter une obligation contractuelle d'une partie ne peut être engagée que si la faute à lui imputée constitue la violation, *non de l'obligation contractuelle*, mais d'une obligation qui s'impose à tous, et si cette faute a causé un autre dommage *que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat* ».

Plusieurs décisions similaires seront rendues, non seulement au sujet du préposé, mais du débiteur lui-même⁶⁹. La doctrine se partagea dès lors en deux camps. Selon les

⁵⁴ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9^e édition, Paris, Dalloz, 2005, n°876 et les arrêts cités : Cass. civ. 15 juin 1923 : DP 1924, I, 135 ; cass. civ. 29 nov 1955 : D. 1956.177 ; cass. civ. 10 mars 1958, B. cr. N° 254.

⁵⁵ Voy. En ce sens François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9^e édition, Paris, Dalloz, 2005, n°614, et les arrêts cités : cass. soc. 3 août 1948, D. 1950.536, cass. soc. 15 juill. 1949, S. 1950.1.59, cass.. com. 6 juill. 1955, gaz. pal. 1955.2.253, cass. com. 15 juin 1959, D. 1960.97, note R. RODIÈRE, cass. civ. 12 déc. 1984, bull. civ. I, n°335, RTDC 86.776, obs. J. HUET.

⁵⁸ Voy. À ce sujet : M. Muller, L'inexécution pénalement répréhensible du contrat, th. Paris II, 1976, ronéo.

⁵⁹ Cass. crim., 12 déc. 1946, D. 47, 94, JCP, 47, 2, 3621 ; cass. ass. Plénière, 30 mai 1986, D. 87, 109.

⁶⁰ En ce sens : cass. crim. 10 mars 1958, B. crim., n°254.

⁶² Laurent AYNÉS et Philippe MALAURIE, *Cours de droit civil, Les obligations*, 2^e éd., Paris, Cujas, 1990, p.486.

⁶³ Cass. civ. 6 déc. 1932, DP 1933.1.137, note Louis JOSSERAND.

⁶⁴ Cass. civ. 1^e déc. 1995, JCP 1995, II, 22467, note Patrick JOURDAIN.

⁶⁵ Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil*, t. II, n°482.

⁶⁶ Cass. 28 mars 1989, B.J., 1989, col. 934.

⁶⁷ Cass. 13 février 1930, Pas., 1930, I, 115.

⁶⁸ Cass. 7 décembre 1973, RCJB, 1976, 15.

⁶⁹ Cass. 14 octobre 1985, RCJB, 1988, 341 ; cass. 9 novembre 1987, Pas., 1988, I 296 ; cass. 28 septembre 1985, Bull., 1995, 856, cass. 23 mai 1997, R.W. 1998-99, 681.

protagonistes de la liberté d'option⁷⁰, la Cour de cassation avait affiné les conditions dans lesquelles une faute devait être considérée comme « mixte »⁷¹ et l'option ne pourrait donc être exercée que dans l'hypothèse où la faute présentait à la fois les caractéristiques d'une faute contractuelle et aquilienne. Mais si l'obligation violée était de nature purement contractuelle, ou au contraire totalement étrangère au contrat⁷², le choix n'était pas permis (voy. *supra* point 1).

Mais la majorité des auteurs⁷³ a vu dans cet arrêt la condamnation de l'option. La jurisprudence semble confirmer cette thèse⁷⁴. Le droit belge est depuis lors favorable au principe de l'interdiction de l'option. La responsabilité contractuelle exclut donc l'aquilienne lorsque la faute contractuelle est la violation d'une obligation qui s'impose à tous. On admet cependant que les juges appliquent les dispositions relatives à la responsabilité aquilienne lorsque les parties n'ont pas invoqué cette règle, puisqu'il semble que l'interdiction de l'option ne soit pas d'ordre public⁷⁵. D'autre part, et comme en droit français, lorsque l'action en réparation résulte d'une infraction pénale, le demandeur peut choisir entre action aquilienne ou contractuelle⁷⁶.

7. L'exemple du droit médical

La relation du médecin et de son patient constitue un terrain d'observation idéal des liens entre responsabilité contractuelle et aquilienne. Jacques de Maleville commentait l'article 1383 du Code civil en ces termes : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais également par sa négligence ou par son imprudence (...), et même par son ignorance dans les choses appartenant à sa profession (...) mais les avocats et médecins n'y sont pas tenus, tant pis pour celui qui en emploie de mauvais.* »⁷⁷.

Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau estimaient quant à eux que les actes dépendants d'une profession scientifique ne pourraient jamais faire l'objet d'un contrat et ne

⁷⁰ J. VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrat*, JT, 1975, pp 505-506 ; X. DIEUX, *Le contrat : instrument et objet de dirigisme ?*, in *Les obligations contractuelles*, Le Jeune Barreau Bruxelles, 1994, pp 218-219. ; J. HERBOTS, *Quasi-delictuele aansprakelijkheid en overeenkomsten*, TPR, 1980, pp 1055 et s.

⁷¹ La faute mixte est celle qui recouvre les caractéristiques d'une faute contractuelle et aquilienne, selon la formule de VAN QUICKENBORNE, « *Réflexions sur le dommage purement contractuel* », note sous cass., 14 oct. 1985, RCJB, 1988, p. 347.

⁷² Patrick WERY, *Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne*, in « *Droit de la responsabilité* », Edition formation permanente CUP, vol. X, p.27.

⁷³ R. RASIR, *Cumul de la responsabilité contractuelle et aquilienne*, JT, 1976 p.164 ; RUTSAERT ET A. MEEUS, *La responsabilité civile contractuelle du prestataire de services en droit privé*, Bull. ass., 1977, p.225 ; R.O. DALCQ, *Examen de jurisprudence*, RCJB, 1980, pp.355-356 ; R. KRUITHOF, *Overzicht van rechtspraak*, TPR, 1983, p.610 ; VAN QUICKENBORNE, « *Réflexions sur le dommage purement contractuel* », note sous cass., 14 oct. 1985, RCJB, 1988, p. 344-5.

⁷⁴ C. trav. Bruxelles, 7 nov. 1986, JJT Brux., 1987, p. 189 ; Mons, 7 janv. 1987, JLMB, 1987, p. 730 ; Anvers , 13 avril 1994, R.W., 1995-1996, p.397 ; Civ. Louvain, 29 avril 1988, RGDG, 1990, p.428, note critique D. Deli ; Civ. Namur, 8 avril 1993, JLMB, 1993, p.1457.

⁷⁵ Patrick WERY, *Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne*, in « *Droit de la responsabilité* », Edition formation permanente CUP, vol. X, p. 35.

⁷⁶ Cass. 26 octobre 1990, RCJB, 1992, 497 ; Voy. M. FRANCHIMONT, *Manuel de procédure pénale*, Ed. Collection scientifique Faculté de Liège et Edition Jeune Barreau de Liège, 1989.

⁷⁷ Jacques DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'état*, 2^e édition, Paris, 1807, p.190.

constituaient qu'un acte d'obligeance de la part de celui qui les avait promis⁷⁸. Mais la responsabilité aquilienne du médecin ne fut pas longtemps contestée⁷⁹. C'est d'ailleurs à ce sujet que la Cour de cassation précisera que les articles 1382 et suivants s'appliquent à toute profession⁸⁰.

En 1936, la Cour de cassation de France a opéré un revirement, proclamant dans un arrêt « Mercier » la nature contractuelle de la relation entre patient et médecin⁸¹. Le contrat ainsi formé peut être comparé à un contrat d'adhésion, où le malade représenterait la partie faible⁸². La nature de ce contrat est controversée : location de service, d'ouvrage, mandat, ou encore contrat innommé. A partir de cet arrêt, qui instaura par ailleurs le principe de la simple obligation de moyen du médecin⁸³, la jurisprudence française reconnaît en principe le caractère contractuel de la responsabilité médicale. La responsabilité aquilienne intervient à titre exceptionnel, notamment lorsque le manquement du médecin présente les caractères d'une imprudence ou d'une négligence constitutifs de la prévention de coups et blessure⁸⁴.

Remarquons que depuis la loi du 4 mars 2002⁸⁵, la responsabilité médicale a intégré le Code français de la santé publique. Cette loi établit des règles applicables à tout dommage médical, sans distinguer selon qu'il est ou non réalisé dans le cadre d'un contrat. Il se pourrait donc que la distinction entre ces deux responsabilités s'efface au profit d'une responsabilité légale mixte⁸⁶.

La Belgique est longtemps restée partagée quant à la nature de la responsabilité du médecin. Avant l'arrêt Mercier, la majorité de la doctrine et de la jurisprudence s'étaient prononcés en faveur d'une responsabilité aquilienne. Elles optèrent ensuite en faveur d'une responsabilité contractuelle⁸⁸. En 1973, la Cour de cassation se prononça de manière implicite sur cette question⁸⁹, semblant confirmer cette seconde thèse. Notons que lorsque la faute est commise par une personne qui s'est substituée au médecin, la base contractuelle sera privilégiée, alors qu'en cas de matériel vicié, on suivra la voie aquilienne⁹⁰.

⁷⁸ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, tome IV 533.

⁷⁹ Req. 18 juin 1835 ; Angers 1^e avril 1833 ; Rennes 7 déc. 1842 ; Besançon 18 déc. 1844 ; Colmar 18 juill. 1850.

⁸⁰ Cass. 21 juill. 1862 : D. 1862 i 419.

⁸¹ Cass. civ. 20 mai 1936, RTD civ., 1936, 691, obs. DEMOGUE. Voy. À ce sujet : Hicham PHARAON, *La responsabilité civile du médecin en droit français*, 1961, Genève, Introduction : Il est toutefois nécessaire de ne pas exagérer la place de cet arrêt : la conception de la faute y reste identique.

⁸² Hicham PHARAON, *La responsabilité civile du médecin en droit français*, 1961, Genève, Introduction.

⁸³ Gast Neu, *la responsabilité professionnelle du médecin in la responsabilité médicale en droit luxembourgeois*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p.49.

⁸⁴ Cass. crim. 12 déc. 1946 : JCP 1947, II, 3621, note RODIÈRE.

⁸⁵ Loi n°2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO du 5 mars 2002, 4, 118.

⁸⁶ En ce sens, Annick DORSNER-DOLIVET, *La responsabilité du médecin*, Economica, 2006, p 31-33. Plus précisément, l'article L1142-1 du code français de la santé publique énonce : « (...) Les professionnels de santé (...) ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ».

⁸⁸ Thierry VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 19.

⁸⁹ Cass. 4 octobre 1973, arr. cass. 1974, 132, Pas., 1974, I, 121.

⁹⁰ Thierry VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 534 et s.

Le droit luxembourgeois adopte les mêmes principes : la responsabilité du médecin est contractuelle, mais elle reste délictuelle vis-à-vis d'un tiers étranger à la relation patient-médecin⁹¹, et lorsqu'il n'y pas eu de contrat (lorsque la personne soignée est inconsciente, ou dans les relations avec le médecin de contrôle), ou si le contrat est nul.

8. Conclusion

Au sujet des travaux préparatoires du Bürgerliches Gesetzbuch, Raymond Saleilles avait précisé : « *Nous connaissons une autre obligation née de la responsabilité (que l'obligation née du délit) : c'est en ce qui touche la responsabilité contractuelle. Ici encore l'obligation d'indemnité résulte de la faute : la faute consiste à avoir violé en cela le droit d'autrui. La faute, au point de vue de sa nature, est la même dans les deux cas (...) et cependant on avoue qu'on n'a pas entendu classer la faute contractuelle parmi les délits civils proprement dits.»*⁹².

Ces commentaires ont pu inspirer les auteurs favorables à une certaine unité entre les deux responsabilités, parmi lesquels Marcel Planiol. En France et en Belgique la responsabilité contractuelle s'est construite à l'image de la responsabilité délictuelle, dans une optique de réparation plus que de remplacement. Nous ne serons donc pas étonnés qu'elle s'en rapproche progressivement. Doit-on pour autant conclure à une évolution en faveur d'un plus large recours à la responsabilité aquilienne ?

Le régime aquilien est plus favorable à la victime. Si une unité devait avoir lieu en son sens, elle s'inscrirait dans l'actuelle tendance du droit à protéger la partie faible, tendance confirmée par la responsabilité du fait des produits défectueux⁹³. On pourrait ici laisser le mot de la fin à Jean Carbonnier qui écrivait : « *Les victimes d'abord (que les fautes s'envoient).*⁹⁴ ».

⁹¹ Gast NEU, *La responsabilité professionnelle du médecin* in *La responsabilité médicale en droit luxembourgeois*, Bruylants, Bruxelles, 1992, p.52. L'auteur cite notamment l'exemple d'une responsabilité délictuelle en cas de blessures subies par les visiteurs d'un hôpital (Pas. XVII, 195).

⁹² Raymond SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1914, p.428.

⁹³ Voy. Les directives communautaires des 21 juillet 1983 et 25 juillet 1985 et leurs transpositions dans l'article 1386-1 du Code civil français et dans la loi belge du 25 février 1991.

⁹⁴ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, Volume 2, 1^e édition, « quadrige », Paris, 2004, p.2412.