

ÉLÉMENTS D'UNE TAXINOMIE DES OBLIGATIONS JURIDIQUES

Pierre Legrand jr*
Ottawa

À l'encontre de l'orthodoxie prévalant dans les systèmes juridiques de droit civil, il n'y a pas lieu de considérer la classification des obligations juridiques selon la source comme summa divisio. En effet, cette division en masque une autre, plus fondamentale encore, eu égard à la nature de l'obligation. Certes, la classification selon la source conserve son importance. Du moins, doit-elle se voir reléguée à l'arrière-plan. Outre les avantages indéniables qu'elle offre sur les plans de l'ordonnancement et de l'intelligence de la matière, une classification fondamentale des obligations juridiques selon leur nature permet d'interroger de nombreuses idées et pratiques reçues, notamment en matière de remèdes.

Contrary to the orthodoxy prevailing in civil law jurisdictions, the classification of juridical obligations according to their source ought not to be considered a summa divisio. Indeed, this division hides another, even more fundamental classification, based on the nature of the obligation. Of course, the classification of obligations according to their source retains its significance. However, it must be relegated to the background. Besides offering noteworthy rewards in terms of a better structuring and a more lucid understanding of the subject-matter, a fundamental classification of obligations according to their nature permits a re-examination of many received ideas and practices, notably in the area of remedies.

Et les idées de Darwin sont filles de celles qui ont précédé selon l'ordre de raison; même les classifications, qu'il a voulu réduire et peut-être briser, il a pensé d'abord par elles, comme l'ancien astronome pensait par les sphères de cristal. Qui n'a point suivi ce chemin ne sait rien.

Alain**

Introduction

Toute classification des obligations prétendant faire office de *summa divisio* doit, vu le rôle de premier plan qu'elle est ainsi appelée à occuper dans l'élaboration d'une théorie générale de l'obligation juridique, répondre à certains impératifs rigoureux.¹ La division proposée doit ainsi être

*Pierre Legrand jr, de la Faculté de droit, Université d'Ottawa, Ottawa, Ontario.

Nous tenons à exprimer notre profonde gratitude à M. le professeur Paul-A. Crépeau qui a consenti à lire le manuscrit et à nous proposer ses commentaires et suggestions, ainsi qu'à M. Xavier Lewis qui a bien voulu discuter avec nous certaines des questions soulevées au texte. Il demeure que les opinions exprimées n'engagent que notre responsabilité. Les références sont à jour au 1er juillet 1988.

**Propos sur l'éducation (Presses universitaires de France, 16e éd., 1976), p. 79.

¹ Nous développons ici quelques-unes des idées que nous avons déjà présentées sur la question; voir notre étude, Des hauts et des bas du droit des obligations qui s'écrit

fondée sur des prémisses absolument exactes. Celles-ci doivent, à leur tour, tendre à la simplicité et, par-dessus tout, se révéler véritablement utiles à la compréhension et à l'explicitation du droit positif. En effet, à la base, la fonction d'une classification juridique n'est pas de créer le droit, mais plutôt de le bien refléter en en permettant une rationalisation, et partant, un meilleur entendement. Dans la mesure seulement où cet objectif se voit atteint, peut-on légitimement parler de l'utilité d'une structure donnée.² Ainsi, selon Gurvitch, c'est précisément à sa capacité de mener cette tâche à bien qu'il nous faut juger de la fécondité ou de l'impuissance d'une quelconque théorie.³ En outre, la classification retenue doit soigneusement éviter de masquer une autre catégorisation qui aurait, davantage encore, vocation au titre de classification fondamentale.

Mais il faut aller plus loin. En effet, le juriste ne se satisferait guère de vaines abstractions intellectuelles, dénuées d'incidences concrètes. La mise en place d'un ordre rationnel doit donc ultimement déboucher sur une meilleure pratique du droit. C'est dire que le cadre offert doit pouvoir guider certains choix de politique juridique et, éventuellement, en réorienter d'autres.

À la lumière de ces réflexions, il nous paraît que l'adoption, par le Code civil du Bas Canada—et maintenant par le Code civil du Québec en devenir—la jurisprudence et la doctrine dominante, de la classification des obligations selon leur source en tant que *summa divisio* doit être critiquée. Mais cette critique doit aller au-delà de la sèche analyse. Il lui faut ainsi se doubler de propositions visant à substituer une théorie renouvelée à la classification traditionnelle. Selon Kuhn, c'est d'ailleurs à cette seule condition que l'ancienne théorie se verra véritablement invalidée.⁴

I. Critique de la classification des obligations selon leur source

La classification des obligations selon leur source peut être remise en cause à divers égards. Ainsi il est permis d'affirmer qu'elle ne reflète plus fidèlement l'état du droit positif. Celui-ci, par exemple, s'oriente, en de nombreuses instances, vers des distinctions en fonction de la qualité des parties à la relation juridique.⁵ C'est, dès lors, le lieu d'appliquer l'observation de Jolowicz, selon lequel "developments both in social

(chronique bibliographique sur J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 2e éd., Yvon Blais, 1983) (1984), 15 R.G.D. 182, à la p. 192.

² Voir, généralement, J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit* (Dalloz, 1985), no 190, p. 218.

³ Voir G. Gurvitch, *Annales de l'Institut de philosophie du droit* (1934), p. 134, cité dans S. Bélaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* (L.D.G.J., 1974), p. 287.

⁴ Voir T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (University of Chicago Press, 2e éd., 1970), p. 77.

⁵ Voir notre étude, *loc. cit.*, note 1, à la p. 187.

life and in the law itself have deprived many of the conventional headings of their factual frames of reference and so have rendered them inadequate as instruments for use in a critical survey of the law".⁶

Notre critique adopte toutefois, en l'espèce, une autre perspective. Il nous paraît, en effet, que la classification des obligations selon leur source ne saurait être considérée comme fondamentale dans la mesure où elle recèle une catégorisation—selon la nature de l'obligation—plus primordiale encore. Il n'y a toutefois pas lieu d'abandonner la classification des obligations selon leur source pour autant. Au contraire, la division conserve une utilité certaine. Nos observations appellent toutefois à un correctif sur le plan de la terminologie ainsi qu'à une redéfinition de son rôle dans la structure du droit des obligations.

A. *Inaptitude de la classification à prétendre à aucun caractère fondamental*

La doctrine contemporaine dominante a recours à une division bipartite entre les "modes de création" des droits subjectifs.⁷ Les auteurs de droit civil confrontent ainsi tantôt l'"acte juridique" et le "fait juridique",⁸ tantôt le "contrat" et la "responsabilité civile".⁹ Ces deux classifications sont aujourd'hui bien assises. Il est d'ailleurs permis d'affirmer que la dichotomie "contrat"—"responsabilité civile" est mainte-

⁶ J.A. Jolowicz, *Fact-Based Classification of Law*, dans J.A. Jolowicz (éd.), *The Division and Classification of the Law* (Butterworths, 1970), p. 6.

⁷ G. Cornu, *Droit civil. Introduction- Les personnes- Les biens* (Montchrestien, 2e éd., 1985), no 124, p. 54.

⁸ Voir, e.g., en droit français, J. Flour et J.-L. Aubert, *Droit civil. Les obligations*, t. I: L'acte juridique & t. II: Le fait juridique (Armand Colin, 1975 et 1981; avec Addenda, 1983 et 1986); G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil. Les obligations*, t. I: Les sources (Sirey, 2e éd., 1988); J. Dupichot, *Le droit des obligations* (Presses universitaires de France, 1978); et, en droit québécois, J.-L. Baudouin, *Les obligations* (Yvon Blais, 2e éd., 1983); M. Tancelin, *Des obligations* (Wilson & Lafleur, 2e éd., 1986); A. Larouche, *Les obligations*, t. I: *Théorie générale des contrats; quasi-contrats* (Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982), et spécialement no 24, pp. 38-39.

⁹ Voir, e.g., en droit français, J. Ghestin et G. Viney dans J. Ghestin (éd.), *Traité de droit civil*, t. II: Les obligations. Le contrat; t. IV: Les obligations. La responsabilité: conditions, et t. V: Les obligations. La responsabilité: effets (L.G.D.J., 1980, 1983 et 1988); P. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil. Les obligations* (Cujas, 1985); H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1: *Obligations* (Montchrestien, 7e éd., F. Chabas, 1985); M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI: *Obligations* (L.G.D.J., 2e éd., P. Esmein, 1952); C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, ts IV-VI (Éditions Techniques, 6e éd., E. Bartin et P. Esmein, 1942-1951); J. Hauser, *Les contrats* (Presses universitaires de France, 1977); M.-L. Rassat, *La responsabilité civile* (Presses universitaires de France, 2e éd., 1981); en droit belge, H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II (Bruylant, 3e éd., 1964); en droit suisse, P. Engel, *Traité des obligations en droit suisse* (Ides et Calendes, 1973); et, en droit québécois, M.A. Tancelin, *Jurisprudence sur les obligations*, ts I-III (Presses de l'Université Laval, 2e éd., 1981).

nant passée dans les mœurs juridiques. Ainsi ces dernières expressions se voient retenues par les recueils de jurisprudence, officiels comme privés, et par l'ensemble des revues juridiques. Elles paraissent également consacrées par le langage quotidien de la pratique. Ceci se vérifie tant en France qu'au Québec.¹⁰

Notre critique s'adresse à l'une comme à l'autre des classifications reçues. Afin de ne pas alourdir indûment l'argumentation, nous nous contenterons toutefois, le plus souvent, de ne nous référer qu'aux termes "contrat" et "responsabilité civile". Cette critique tient en un point crucial: les deux éléments de l'antinomie qui fonde la division proposée engendrent des obligations qui ne sont pas de même nature. Or, la distinction "contrat"—"responsabilité civile" ne rend aucun compte de cette différence de nature, selon nous tout à fait primordiale, qui marque ainsi les obligations qu'elle prétend constater.¹¹ Dès lors, l'opposition des concepts, telle que suggérée, nous semble-t-elle inapte à s'ériger en classification fondamentale.

Notre critique endosse d'abord une définition irrécusable offerte par Flour et Aubert, selon lesquels "[o]n appelle source d'une obligation *le fait qui lui donne naissance*".¹² Dans le cadre de la dichotomie traditionnelle, ce fait sera, d'une part, le contrat, et d'autre part, la responsabilité civile.

Un examen du contrat permet d'observer que celui-ci engendre d'abord des obligations d'"exécution", ainsi conserver la chose prêtée ou livrer le colis. Ce n'est que subsidiairement que les parties au contrat envisagent elles-mêmes, avant l'occurrence du préjudice,¹³ par exemple par le biais de clauses limitatives de responsabilité, les modalités d'une indemnisation conséquente à une inexécution éventuelle de son obligation par le débiteur. Telle obligation de "réparation" n'est pas de l'essence de

D'autres théories, dont l'impact ne paraît pas avoir été déterminant, ont également été mises de l'avant. Voir, e.g., pour une théorie moniste des sources de l'obligation, N.M.K. Gomaa, *Théorie des sources de l'obligation* (L.G.D.J., 1968).

¹⁰ Malgré tout, le mot "responsabilité" serait d'usage relativement récent. Voir, en ce sens, J. Henriot, Note sur la date et le sens de l'apparition du mot "responsabilité" dans *Archives de philosophie du droit*, La responsabilité (Sirey, 1977), pp. 59-61, où l'auteur indique que la langue française n'a consacré le terme que peu de temps avant l'entrée en vigueur du Code civil de 1804.

¹¹ Nous développons, ici encore, certaines des idées que nous avons déjà présentées sur la question; voir notre étude, *loc. cit.*, note 1, aux pp. 193-194.

¹² Flour et Aubert, *op. cit.*, note 8, t. I, no 51, p. 35. (Mots mis en italique par les auteurs). *Contra*: P.-A. Crépeau, *Théorie de l'obligation juridique. Éléments d'une introduction* (Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1986), no 14, p. 7.

¹³ Un aménagement conventionnel postérieur à l'occurrence du préjudice constituerait une transaction.

l'entente contractuelle, c'est-à-dire qu'elle n'en représente pas un caractère constitutif et invariable.¹⁴

Par contraste, cependant, c'est précisément et systématiquement à ce seul type d'obligation que la responsabilité civile donne naissance. Ceci a bien été aperçu par Planiol, pour lequel "être civilement responsable, c'est être obligé de réparer".¹⁵ Dekkers a recours à un langage voisin: "[I]e fait d'avoir à 'répondre' d'un dommage s'appelle *responsabilité*. L'on est responsable, lorsqu'on doit réparer un dommage."¹⁶ Ainsi la constatation de responsabilité civile implique-t-elle notamment l'obligation d'indemniser le préjudice découlant directement du délit ou "quasi-délit" ou l'obligation de restituer l'enrichissement injustifié.¹⁷ Comme l'écrit encore Gilissen, "[l]'obligation de réparer le dommage causé à autrui résulte de la responsabilité de celui qui commet l'acte fautif".¹⁸

Que l'obligation découlant de la responsabilité civile soit nécessairement une obligation de réparation n'est que logique. Comment pourrait-on, en effet, en toute cohérence, parler de la "responsabilité civile" en tant que source d'obligations d'exécution? Comment, par exemple, la "responsabilité civile" pourrait-elle être source d'une obligation de ne pas nuire à autrui, d'une obligation d'éducation et de surveillance des enfants par leurs parents ou encore d'une obligation de ne pas s'enrichir de façon injustifiée aux dépens d'autrui? Cela ne saurait se concevoir, puisque la responsabilité civile ne peut être qu'un effet de la violation d'une obligation préexistante,¹⁹ c'est-à-dire d'une faute.²⁰ En d'autres termes,

¹⁴ Voir Le Grand Robert de la langue française. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Paris, Le Robert, 2e éd., A. Rey, 1985), t. IV, *vbo* essentiel (ci-après Le Grand Robert).

¹⁵ M. Planiol, *Études sur la responsabilité. Du fondement de la responsabilité* (1905), 34 Rev. crit. lég. jur. 277, à la p. 277.

¹⁶ R. Dekkers, *Précis de droit civil belge*, t. II (Bruylant, 1955), no 210, p. 117.

¹⁷ L'on note que, contrairement à l'article 1053 du Code civil du Bas Canada, l'article 1382 du Code civil français mentionne expressément le mot "réparer".

¹⁸ J. Gilissen, *Introduction historique au droit* (Bruylant, 1979), p. 651. Voir aussi, en ce sens, Engel, *op. cit.*, note 9, no 21, p. 73, où l'auteur parle d'"obligations résultant des actes illicites"; D.M. Walker, *Principles of Scottish Private Law*, t. II (Clarendon Press, 3e éd., 1973), p. 521, où l'auteur traite des "obligations of reparation arising from delict generally". Cf., J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV: Les obligations (Presses universitaires de France, 12e éd., 1985), p. 347, où l'auteur mentionne "le dommage causé à autrui comme source d'obligation".

¹⁹ Selon divers auteurs, dont Carbonnier, il n'existe, hors de la sphère contractuelle, que des *devoirs* dont la violation entraîne une obligation (de réparer). L'on ne saurait, d'après l'éminent auteur, parler d'"obligation" qu'au moment de la faute puisqu'alors seulement le créancier peut-il être identifié; voir Carbonnier, *ibid.*, no 2, p. 19.

Il nous paraît toutefois que l'obligation existe bel et bien *dès avant* l'occurrence de la faute. Certes, la tâche d'identification du créancier pourra, dans un ensemble de circonstances donné, se révéler ardue. Il demeure qu'elle ne sera pas pour autant insurmontable. Ainsi, dans un cas où une personne se trouve débitrice d'une obligation de ne

c'est parce qu'une obligation d'exécution déjà en vigueur²¹ est violée qu'il y a responsabilité civile pour l'auteur de la violation.

Aussi la classification mise de l'avant nous paraît-elle pécher en ne distinguant pas, en fonction de leur nature, entre des obligations issues d'une source essentiellement génératrice d'obligations d'exécution (le contrat) et une seconde produisant exclusivement des obligations de réparation (la responsabilité civile). La différence de nature entre les deux types d'obligation ne saurait pourtant faire de doute. Selon la formule lapidaire à laquelle avait recours Grandmoulin à la fin du siècle dernier, l'"obligation de réparer le préjudice causé *n'est pas une obligation initiale*".²² En effet, alors que les obligations d'exécution sont orientées vers l'avenir, celles de réparation sont tournées vers le passé.²³ L'inadéquation de la classification traditionnelle se voit d'ailleurs confirmée par un examen des deux incongruités auxquelles son adoption conduit inévitablement.

Tout d'abord,²⁴ maintenir une opposition entre le contrat, source d'obligations d'exécution, et la responsabilité civile, source d'obligations de réparation, c'est, d'un même souffle, laisser croire à une indépendance de la responsabilité civile par rapport au contrat. Or, telle indépendance ne se vérifie absolument pas dans les faits puisqu'il existe aujourd'hui, comme chacun sait, une responsabilité civile contractuelle. Ici encore, tout comme lorsque nous nous trouvons hors de la sphère contractuelle, la responsabilité civile est à la fois la source d'une obliga-

pas nuire à autrui, il semble tout à fait possible, dans le contexte particulier de l'espèce, d'identifier cet "autrui". En outre, seule cette approche permet de justifier l'injonction mandatoire que connaît le droit québécois—laquelle présuppose, en effet, l'existence d'un lien obligationnel *ex ante facto*. Voir Crépeau, *op. cit.*, note 12, no 15, p. 8; et, généralement, sur l'injonction mandatoire, G. Massé, *L'exécution des obligations via l'astreinte française et l'injonction québécoise* (1984), 44 R. du B. 659, aux pp. 680-686.

Aussi, les mots "devoir" et "obligation" nous paraissent-ils pouvoir être utilisés indifféremment hors de la sphère contractuelle, l'emploi de ce dernier terme présentant toutefois l'avantage de témoigner de l'unité conceptuelle avec les obligations issues du contrat.

²⁰ Voir, sur la définition de la faute, *infra*, note 79.

²¹ L'origine de cette obligation d'exécution sera examinée plus bas; voir, *infra*, au texte accompagnant nn. 48-53.

²² J. Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles* (thèse Rennes, 1892), p. 20. (Mots mis en italique par nous).

²³ Une brève référence aux concepts d'"acte juridique" et de "fait juridique" confirme ces conclusions. Ainsi, du point de vue du créancier, l'acte juridique crée une obligation d'exécution (et, éventuellement, de réparation); le fait juridique, pour sa part, entraîne de suite une obligation de réparation.

²⁴ La dichotomie "acte juridique"—"fait juridique" évite, dans une large mesure, ce premier écueil.

tion nouvelle (réparer) et un effet de la violation d'une obligation préexistante, en l'espèce une obligation contractuelle.²⁵

Par ailleurs, la division classique paraît annoncer que, puisque la responsabilité civile n'entraîne que des obligations de réparation, l'ensemble des obligations d'exécution doit inéluctablement être tributaire du seul contrat. Or, la réalité dément cette conclusion. Qu'on en tienne pour exemples l'obligation qui est faite aux parents d'exercer une surveillance sur leurs enfants ou celle qui est faite à toute personne de ne pas s'enrichir de façon injustifiée aux dépens d'autrui.²⁶ Il est indéniable qu'en principe aucune de ces deux obligations n'est issue du contrat.

Notre argumentation, aux termes de laquelle la classification des obligations selon leur source ne saurait légitimement prétendre à un caractère fondamental, est susceptible d'entraîner trois réactions.

1. La réaction négative

D'aucuns se feront fort d'affirmer qu'il y a là un faux problème et que rien ne justifie qu'on consacre ainsi temps et effort à résoudre une prétendue difficulté. Peut-être les deux types d'obligation que constate la classification selon la source ne sont-ils effectivement pas de même nature mais, après tout, il faut bien admettre que le droit s'est facilement accommodé d'une telle division comme classification fondamentale. L'on reconnaît ici—à tout le moins en filigrane—l'argument de Ripert, qui écrit: "[I]e progrès du droit a conduit à distinguer les sources des obligations; c'est en détruire le résultat que de supprimer certaines notions acquises; auraient-elles été déformées."²⁷

²⁵ Voir Dupichot, *op. cit.*, note 8, p. 76. Voir, également, Planiol qui, rapprochant la faute commise hors de la sphère contractuelle de celle commise dans le cadre du contrat, écrit: "l'une et l'autre faute créent également une obligation, celle de réparer par une indemnité le dommage causé, l'une et l'autre supposent également l'existence d'une obligation antérieure; l'une et l'autre consistent également en un fait qu'est la violation de cette obligation": M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II (L.G.D.J., 10e éd., 1926), no 876, pp. 304-305. (Mots mis en italique par l'auteur).

²⁶ La "gestion d'affaires"—voir, pour notre critique de cette terminologie, notre étude, *loc. cit.*, note 1, à la p. 207—appelle une nuance puisque, dans le langage de Hohfeld, il n'y a pas obligation (*duty*) d'assumer la gestion des affaires d'autrui, mais bien liberté (*privilege*—Hohfeld n'aurait-il pas dû écrire "*liberty*"?) et faculté (*power*) de le faire. Il en va également ainsi du paiement de l'indu; il n'y a, naturellement, pas obligation, mais simples liberté et faculté de payer à autrui ce qui ne lui est pas dû. Voir, généralement, W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (Yale University Press, éd. par W.W. Cook, 1919); A.L. Corbin, *Legal Analysis and Terminology* (1919), 29 Yale L.J. 163.

²⁷ G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, t. II (L.G.D.J., 3e éd., 1949), no 26, pp. 10-11. Voir, également, en ce sens, C.G.T., Book Review sur J.P. Bishop, *Commentaries on the Non-Contract Law* (Flood, 1889), (1889), 23 Am. L. Rev. 1033, à la p. 1034.

Cette objection prête le flanc à une réfutation en trois points. Tout d'abord, elle traduit une perception manifestement erronée des qualités intrinsèques que doit revêtir une classification se voulant fondamentale.²⁸ Ensuite, prétendre que, parce que le droit s'est, au fil du temps, ancré dans une méprise donnée, celle-ci, une fois mise au jour, n'a pas à être corrigée, c'est mettre de l'avant une conception singulièrement appauvrie du rôle de la doctrine.²⁹ Selon le mot de Fontenelle, s' "[i]l est vrai qu'on ne peut trouver la pierre philosophale, . . . il est bon qu'on la cherche".³⁰ Enfin, et bien qu'il n'y paraisse peut-être pas à première vue, cette objection fait bon marché de la pratique. En effet, comme nous l'avons souligné,³¹ l'ordonnancement d'une matière ne saurait revêtir qu'une importance didactique. Lorsque judicieux, il doit faciliter la compréhension du droit et son application par ceux qui se consacrent à cette tâche.³² Pour toutes ces raisons, cette première réaction—franchement négative—ne saurait davantage retenir l'attention.

2. La réaction constructive

Une seconde réaction que l'on doit maintenant envisager semble *a priori* plus constructive. En effet, les tenants de la dichotomie "contrat"—"responsabilité civile" pourraient faire valoir que l'usage qui s'est répandu en droit civil, au point de se faire aujourd'hui prédominant, a doté cette dernière expression d'un sens particulièrement compréhensif qu'il serait dorénavant vain de prétendre reconsidérer. Par "responsabilité civile", l'on signifierait donc, légitimement, tant les obligations de réparation *que d'exécution* qui ne sont pas issues du contrat. Les implications de cette objection pour notre critique sont les suivantes. Si la responsabilité civile doit être entendue comme source d'obligations de réparation *et d'exécution*, il en découle une symétrie avec son pendant, soit le "contrat"—lequel peut être également compris comme générant à la fois les deux types d'obligations. Il devient alors plus malaisé d'affirmer que l'opposition "contrat"—"responsabilité civile" en masque une autre, véritablement fondamentale cette fois, selon la nature de l'obli-

Ce type d'argument est présenté par C. Atias, *Théorie contre arbitraire* (Presses universitaires de France, 1987), no 41, pp. 139-140.

²⁸ Nous avons déjà discuté cet aspect de la question; voir *supra*, au texte accompagnant nn. 1-4.

²⁹ Telle approche ne cadre guère avec les pouvoirs et responsabilités dont Atias a récemment investi la doctrine; voir, ainsi, C. Atias, *Le droit civil* (Presses universitaires de France, 2e éd., 1985), pp. 43-52; *ibid.*, *Épistémologie juridique* (Presses universitaires de France, 1985), *passim* (ci-après *Épistémologie*).

³⁰ Fontenelle, *Dialogues des morts*, II (1863), dans J.-B. Champagnac (éd.), *Oeuvres complètes* (Salmon, 1825).

³¹ Voir *supra*, texte accompagnant nn. 1-4.

³² Voir Bergel, *op. cit.*, note 2, no 191, pp. 218-219.

gation. Certes, l'antinomie "contrat"—"responsabilité civile" cache toujours une division des obligations selon leur nature. Cependant, les obligations d'exécution et de réparation se trouvent toutes deux intégrées dans chacun des termes du binôme. Dès lors, celui-ci recoupant celles-là point pour point, sa revendication du premier plan acquiert une légitimité accrue.

La teneur de cette réaction constructive rappelle une célèbre observation de Wittgenstein, selon lequel la signification (*meaning*) d'un mot (ou d'une expression) doit être recherchée dans l'usage qui en est fait dans un contexte donné, par exemple dans le cadre d'un certain type d'activité.³³ Mais si, comme l'observent Wittgenstein et ses disciples, une signification est façonnée par un usage, il doit en découler que l'existence de divers usages concomitants conduit une expression donnée à revêtir autant de significations différentes. Si ces usages concourent au sein d'un contexte commun, par exemple dans le cadre d'une même discipline, la polysémie qui s'ensuit peut être à l'origine de dangereux malentendus. Or, l'on a pu voir qu'en droit civil, l'expression "responsabilité civile" connaît précisément plus d'un usage courant.³⁴ Dans la mesure où cette terminologie prétend s'offrir comme l'un des deux membres d'une classification fondamentale des obligations juridiques, le risque d'une quelconque confusion nous paraît particulièrement inopportun. N'y a-t-il pas ainsi lieu de promouvoir un usage unique de l'expression, lequel aurait l'heur de lui conférer une signification bien déterminée, et partant, de mettre fin à l'anarchie terminologique qui prévaut actuellement?

Si tel doit être le cas, il ne saurait être question de nous asservir à un usage, fut-il prédominant, démontré intellectuellement peu satisfaisant. Aussi convient-il de confiner les termes "responsabilité civile" au seul aspect de la réparation, c'est-à-dire à la dimension pathologique de l'obligation. S'il nous est permis d'emprunter au *Code des obligations* suisse de 1911 ses intitulés de section, la "responsabilité civile" doit ainsi, rigoureusement, ne désigner que les obligations "résultant d'actes

³³ L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations* (Basil Blackwell, 1958), para. 43: "the word 'meaning'. . . can be defined thus: the meaning of a word is its use in the language"; p. 212: "let the use *teach* you the meaning" (mot mis en italique par l'auteur); et p. 220: "[l]et the use of words teach you their meaning".

Voir, pour une utile discussion, H.F. Pitkin, *Wittgenstein and Justice* (University of California Press, 1972), pp. 75-85, et spécialement p. 84.

³⁴ Voir *supra*, au texte accompagnant nn. 9-25 et, e.g., Engel, *op. cit.*, note 9, no 98, p. 302. Voir, de plus, l'observation générale de Atias qui écrit qu'"[i]l est . . . douteux que les mêmes vocables employés par le législateur, par les juges et par la doctrine aient toujours la même signification": Atias, *Épistémologie*, *op. cit.*, note 29, no 37, p. 67.

Plus récemment, Atias renchérisait en disant que "tous les termes juridiques importants . . . sont utilisés dans des registres variables": Atias, *op. cit.*, note 27, no 43, p. 156. Il nous paraît toutefois que, dans le contexte qui nous intéresse, la difficulté se fait tout particulièrement aiguë quant à l'expression "responsabilité civile".

illicites" (commis dans ou hors de la sphère contractuelle) et "résultant de l'enrichissement illégitime".³⁵ C'est donc dire que la "responsabilité civile" ne doit référer qu'aux obligations conséquentes à la faute. L'on parlera ainsi, à juste titre, de l'"action en responsabilité civile" pour désigner l'action en justice intentée par la victime du préjudice à l'encontre de l'auteur de la faute.

3. La réaction sceptique

Toute concession faite à la justesse de notre analyse, l'on peut se demander pourquoi celle-ci devrait conduire à un détronement de la classification des obligations selon leur source plutôt qu'à son maintien en place, fut-ce au prix d'un ré-aménagement interne. En d'autres termes, pourquoi la classification selon la nature a-t-elle, davantage que celle selon la source, vocation à prétendre au titre de classification fondamentale?

Notre réponse à cette question est triple. Premièrement, la classification selon la nature satisfait, mieux que la catégorisation classique, aux conditions que doit, selon nous, revêtir une classification fondamentale.³⁶ Elle offre notamment, comme nous avons eu l'occasion de le démontrer plus avant,³⁷ un reflet davantage fidèle de l'ensemble du droit positif. En outre, elle permet, sur le plan pratique, d'interroger certains choix actuels de politique juridique.³⁸

Deuxièmement, la classification selon la nature de l'obligation correspond plus étroitement au "vécu juridique" du justiciable. Dans son quotidien, celui-ci, loin de s'interroger sur l'origine, contractuelle ou autre, d'une dette, cherche plutôt à s'assurer des démarches qu'il doit observer pour demeurer en règle avec le droit. Doit-il, par exemple, ériger une clôture autour de sa nouvelle piscine (obligation d'exécution)? Doit-il, encore, indemniser le piéton renversé par sa bicyclette au tournant de la rue (obligation de réparation)? Bien que le fait ne soit probablement pas délibéré, il est donc clair que le justiciable pense d'abord en termes de "nature" plutôt que de "source" de l'obligation. Si cette réalité ne se révèle pas à elle seule concluante, il demeure que "ce n'est pas la moindre qualité d'un droit que d'éveiller un écho dans la plupart des esprits".³⁹ L'on ne saurait donc négliger cet aspect des choses lorsqu'il s'agit, pour le juriste, d'apprécier l'importance relative des classifications en jeu.

Troisièmement, la prééminence de la classification selon la nature traduit un souci de cohérence eu égard à l'ordonnancement de la matière

³⁵ C.O., prem. part., tit. prem., c. 1-2.

³⁶ Voir *supra*, au texte accompagnant nn. 1-4.

³⁷ Voir *supra*, au texte accompagnant nn. 24-26.

³⁸ Voir, *e.g.*, *infra*, au texte accompagnant nn. 192-195.

³⁹ *Atias, op. cit.*, note 27, no 48, p. 189.

des obligations. Comme en sciences naturelles, par exemple, où prévaut une classification fondamentale entre l'organique et l'inorganique, comme en droit privé même, où règne une catégorisation de base en droits personnels et réels, la nature doit, en matière d'obligations juridiques, primer l'origine.

Si nous devons nous en tenir, dans les conclusions auxquelles nous conduit notre critique de la classification des obligations selon leur source, aux résultats ayant trait à l'exposition de la matière des obligations juridiques, deux constats sont à faire impérativement. D'une part, la doctrine ne saurait plus coiffer du seul intitulé de "responsabilité civile" un ouvrage regroupant (comme c'est généralement le cas) les deux types d'obligations prenant naissance hors de la sphère contractuelle, soit les obligations d'exécution et celles de réparation. Plus précisément, on ne saurait, dans un ouvrage consacré à la seule "responsabilité civile", discuter les "conditions" de celle-ci si l'on entend par là un traitement des obligations d'exécution. Il ne faudrait pas davantage traiter des "conditions" de la responsabilité civile lorsque l'objet de la discussion comprend, en fait, tant les obligations d'exécution que de réparation—ces dernières n'étant alors pas recoupées par l'intitulé retenu.⁴⁰ En outre, l'emploi de l'expression "responsabilité civile", sans autre qualificatif, devrait annoncer un exposé de l'ensemble des obligations de réparation, c'est-à-dire de celles émanant du contrat comme des autres prenant naissance hors de la sphère contractuelle.

D'autre part, recueils de jurisprudence et revues de droit (sans parler des Facultés) ne sauraient plus recourir à l'intitulé de "responsabilité civile" en vue de désigner, par opposition au "contrat", l'ensemble des obligations, d'exécution comme de réparation, prenant naissance hors de la sphère contractuelle. Cet intitulé devrait plutôt se référer à la seule dimension de la réparation, tant dans le domaine contractuel qu'hors de la sphère du contrat.⁴¹

B. *Implications d'ordres terminologique et structurel*

Ceci dit, la classification des obligations selon leur source, si elle n'est pas fondamentale, n'en devient pas pour autant superfétatoire. Elle demeure utile. Avant de la re-situer dans la structure du droit des obligations, il nous faut cependant, dans le prolongement de la discussion déjà engagée, en préciser les paramètres sur le plan de la terminologie. Puis-

⁴⁰ Mais, voir Avant-projet de la Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations (Éditeur officiel, 1987), tit. prem., c. 3, sec. 1.

⁴¹ Voir, pour un cas où l'auteur a bien su, d'abord, distinguer, hors de la sphère du contrat, les obligations d'exécution de celles de réparation et, ensuite, réserver les termes de "responsabilité civile" à un traitement de l'ensemble des obligations de réparation, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du contrat, Crépeau, *op. cit.*, note 12, pp. vi-vii.

que l'on ne peut affirmer que les deux types d'obligations (d'exécution d'une part, et de réparation d'autre part) qui ne sont pas issues du contrat tirent leur origine de la "responsabilité civile", il nous faut rechercher un autre vocable pouvant adéquatement les chapeauter et capable, du même coup, de faire pendant au mot "contrat" et ainsi de compléter la dichotomie des sources de l'obligation.

De nombreux auteurs choisissent de traiter, en parallèle au droit des contrats, d'un droit des "délits et 'quasi-délits'".⁴² Dans cette même veine, l'on parle de "responsabilité civile délictuelle" (par rapport à la responsabilité civile contractuelle) et d'"obligation délictuelle" (pour l'opposer à l'obligation contractuelle). Ces expressions (auxquelles les auteurs adjoignent parfois celles de "quasi-contrat", "responsabilité civile quasi-contractuelle" et "obligation quasi-contractuelle") rappellent le regroupement des obligations selon leur source mis de l'avant par le Code civil français de 1804—et ré-aménagé par le Code civil du Bas Canada de 1866.

Leur emploi soulève toutefois deux objections qui nous paraissent d'importance. Premièrement, certains des termes eux-mêmes font difficulté. Ceci a bien été mis en lumière par Planiol et d'autres éminents juristes à l'occasion de critiques décisives publiées au début du siècle.⁴³ En outre, nous retrouvons ici notre commencement. Le "délit", "*delict*", "*tort*", ou "*delikt*" ne peut, en effet, engendrer que des obligations de réparation puisque l'un ou l'autre terme dénote intrinsèquement la violation de l'obligation d'exécution préexistante. Dans le langage de Planiol, "par leur définition même, les [délits et quasi-délits] supposent la

⁴² Voir, e.g., E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations* (Sirey, 1965); A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil*, t. II par L. Julliot de la Morandière (Dalloz, 1959); B. Starck, *Droit civil. Obligations*, t. I: Responsabilité délictuelle et t. II: Contrat et quasi-contrat. Régime général (Librairies Techniques, 2e éd., H. Roland et L. Boyer, 1985 et 1986); A. Weill et F. Terré, *Droit civil. Les obligations* (Dalloz, 4e éd., 1986); et en droit belge, Dekkers, *op. cit.*, note 16.

De même, au "*law of contract*" la doctrine écossaise juxtapose le "*law of delict*" (voir, e.g., D.M. Walker, *The Law of Delict in Scotland* (Green, 2e éd., 1981), et les auteurs de *common law* (ainsi que les auteurs louisianais) le "*law of tort*" (voir, en *common law*, e.g., J.G. Fleming, *The Law of Torts* (Law Book, 7e éd., 1987); Prosser and Keeton on the Law of Torts (St-Paul, West, 5e éd., W.P. Keeton, 1984); au "*ver-trag*", certaine doctrine allemande confronte similairement le "*delikt*" (voir, e.g., H. Kötz, *Juristische Lernbücher*, t. VIII: *Deliktsrecht* (Alfred Metzner Verlag, 1976).

⁴³ Voir, principalement, M. Planiol, *Classification des sources des obligations* (1904), 33 *Rev. crit. lég. jur.* 224; R. Demogue, *De la classification des sources des obligations*, dans *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi*, t. I (Fratelli Bocca, 1915), pp. 105-117; H. Mazeaud, *Essai de classification des obligations*, [1936] *Rev. trim. dr. civ.* 1, nos 4-23, pp. 5-21; et, plus récemment, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. II, vol. 2: *Commentaires* (Éditeur officiel, 1978), pp. 571-572 (ci-après *Commentaires*).

lésion injuste déjà causée à autrui".⁴⁴ Sous ce rapport, le terme "quasi-contrat" se montre tout aussi ambigu. Au contraire du délit ou "quasi-délit", cette dénomination ne renvoie à aucune obligation de réparation, mais bien à la seule obligation d'exécution de ne pas s'enrichir de façon injustifiée aux dépens d'autrui.⁴⁵

Deuxièmement, traiter de "délit", "quasi-délit" et "quasi-contrat" comme autant de rubriques indépendantes méconnaît une unité plus profonde, observée notamment par Flour et Aubert, lesquels notent que, dans un cas ("délit" et "quasi-délit") comme dans l'autre ("quasi-contrat"), la réparation "ten[d] à rétablir un patrimoine dans l'état auquel un événement antérieur avait porté atteinte sans qu'il y ait eu à cela de justification".⁴⁶

Nous situant, donc, sur un plan plus général et nous trouvant en quête d'une source commune à l'ensemble des obligations d'exécution et de réparation autres que contractuelles, nous en venons naturellement à songer à la "loi". Comme le soulignait en effet Planiol, "[e]n l'absence d'un contrat, la naissance d'une obligation ne peut avoir d'autre cause que la loi. . . . Donc, toutes les obligations non conventionnelles ont pour source la loi; ce sont des obligations *légal*es".⁴⁷ Aux obligations issues du contrat, d'exécution comme de réparation, on opposerait ainsi les obligations issues de la loi, d'exécution comme de réparation.⁴⁸ Cette

⁴⁴ Planiol, *op. cit.*, note 25, no 807, p. 269. Cette observation est également offerte par l'Office de révision du Code civil, Commentaires, *op. cit.*, note 43, p. 571.

⁴⁵ Le développement relativement récent, dans les droits de *common law*, d'un droit de la *restitution* a marqué l'abandon de l'ancienne appellation de "quasi-contrat"—d'ailleurs largement redevable, sur les plans formel comme substantif, de l'influence civiliste. Voir, sur cette question, P. Birks et G. McLeod, *The Implied Contract Theory of Quasi-Contract: Civilian Opinion Current in the Century Before Blackstone* (1986), 6 Oxford J. Leg. Stud. 46; et, généralement, e.g., P. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* (Oxford University Press, 1985); R. Goff et G. Jones, *The Law of Restitution* (Sweet & Maxwell, 3e éd., 1986); G.E. Palmer, *The Law of Restitution*, ts I-IV (Little, Brown, 1978).

Le terme "*restitution*" évoque, du reste, davantage une obligation de réparation—c'est-à-dire, l'obligation de réparer par le biais de la restitution—qu'une obligation d'exécution, par exemple ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui; mais, *cf.*, G.B. Klippert, *Unjust Enrichment* (Butterworths, 1983).

⁴⁶ Flour et Aubert, *op. cit.*, note 8, t. II, no 506, p. 5. Mais, *cf.*, Avant-projet de la Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations (Éditeur officiel, 1987), tit. prem., c. 2-4.

⁴⁷ Planiol, *op. cit.*, note 25, no 807, p. 269. (Mots mis en italique par l'auteur). Voir, également, Mazeaud, *op. cit.*, note 43, nos 16-17, pp. 14-17.

⁴⁸ Voir Office de révision du Code civil, Rapport sur le Code civil du Québec, t. I: *Projet de Code civil* (Éditeur officiel, 1978), liv. V: Des obligations, tit. prem., art. 3: "[l]es obligations naissent du contrat ou de la loi" (ci-après *Projet*). Voir, en outre, A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations* (Montchrestien, 1987); P. Malinvaud, *Les mécanismes juridiques des relations économiques* (Libraires Techniques, 4e éd., 1985); Crépeau, *op. cit.*, note 12, pp. v-vi.

dichotomie, si elle peut paraître *a priori* séduisante, ne saurait toutefois être retenue.

Deux mises en garde quant à l'emploi du terme "loi", sur le plan substantif, sont d'abord rendues nécessaires. D'une part, il faut bien insister que la loi occupe également une place non négligeable en matière d'obligations contractuelles.⁴⁹ L'importance de celle-ci n'est toutefois pas telle qu'elle invalide la distinction même entre les obligations qui sont issues du contrat et les autres qui ne le sont pas. En effet, s'il est exact d'affirmer que c'est bien la loi qui, ultimement, rend compte du contrat comme institution juridique, son rôle *dans* le contrat demeure accessoire. Par exemple, la loi agit pour sanctionner un accord de volontés—c'est-à-dire pour lui donner en quelque sorte son visa—l'interpréter, le réviser ou encore remédier à son inexécution. Dans tous ces cas, bien qu'à des degrés divers, le point de départ de l'intervention de la loi reste l'accord des parties lui-même.⁵⁰

D'autre part, il y a lieu de souligner le caractère par trop restrictif du mot "loi" dans l'acception qui est ici mise de l'avant. En effet, lorsqu'il est question de la "loi", l'on ne peut guère, à moins d'en triturer le sens, entendre davantage que l'ensemble des textes de lois et règlements à l'état brut—et l'on ne saurait certainement pas englober sous cette rubrique les prononcés judiciaires.⁵¹ Or, dans la mesure où le juge, en tant qu'agent privilégié d'application de la loi, donne leur substance aux prescriptions émanant du législateur, le droit prétorien se fait également source d'obligations.⁵² C'est précisément cette réalité, ce rôle actif de création d'obligations de la jurisprudence, que masque l'emploi du terme "loi" comme source d'obligations hors de la sphère contractuelle. Certes, le judiciaire ne joue, dans la majorité des cas, qu'un rôle d'exécutant. Ainsi, lorsque le juge infère d'une disposition statutaire générale une obligation aux contours plus précis s'appliquant à des parties et dans un ensemble de circonstances données. Il est toutefois des

Mais, voir Avant-projet de la Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations (Éditeur officiel du Québec, 1987), tit. prem., c. 2-4, où la distinction mise de l'avant par le Projet n'est pas retenue.

⁴⁹ C'est là le fondement de la critique qu'adressait Ripert à la théorie des sources avancée par Planiol; voir Ripert, *op. cit.*, note 27, no 26, p. 10.

⁵⁰ Voir notre étude, *loc. cit.*, note 1, aux pp. 194-195, et les références y citées; et, généralement, *infra*, au texte accompagnant nn. 120-125.

⁵¹ Voir, pour une récente distinction entre les notions de "loi" et "droit", C. Atias, La distinction du droit et de la loi en droit privé français contemporain, dans *La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique: droit et loi* (Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1987), pp. 57-74.

⁵² Voir J. Ghestin et G. Goubeaux, Introduction générale, dans J. Ghestin (éd.), *Traité de droit civil* (L.G.D.J., 2e éd., 1983), nos 444-445, pp. 356-358, lesquels traitent de la création de règles jurisprudentielles par un phénomène d'assimilation de l'interprétation judiciaire à la loi interprétée.

situations où le juge, sans se référer à aucun texte de loi ou règlement, s'autorise d'un "principe général du droit" ou d'une "règle jurisprudentielle déterminée".⁵³ A titre d'exemple bien connu, l'on citera notamment la reconnaissance prétorienne de l'obligation de ne pas s'enrichir de façon injustifiée aux dépens d'autrui.⁵⁴ Plus nettement encore que dans le cas précédent, le juge "fait" alors le droit.

Que la décision d'une cour de justice en matière d'enrichissement injustifié fasse le droit résulte de ce que la solution retenue jouira d'une autorité déterminante et, à ce titre, s'imposera bientôt aux juridictions inférieures, et partant, à l'ensemble des justiciables.⁵⁵ Ghestin et Goubeaux parlent ainsi d'une "généralisation de fait des précédents".⁵⁶ Malgré le mot célèbre de Cardozo, selon lequel "[e]ach [that is, the legislator and the judge] is legislating within the limits of his competence",⁵⁷ il ne nous semble pas douteux que la "loi" doive être comprise comme étant nécessairement l'oeuvre du législateur, et qu'il serait excessif d'affirmer que le juge "fait" la loi. Ce qui demeure vrai, cependant, c'est qu'il crée le droit—réalité dont ne témoigne pas la référence à la "loi" comme source d'obligations hors du champ du contrat. Comme l'écrivait déjà justement Lalou, "le droit d'autrui peut résulter soit d'un contrat, soit, en dehors d'un contrat, de la loi ou des principes de justice".⁵⁸

Le recours au terme "loi" fait toutefois également difficulté sur le plan purement formel. En effet, ce terme (comme son dérivé "légale") connaît ses limitations dans la langue française. Par exemple, il apparaît absurde de parler, en opposition au droit du contrat, d'un "droit de la loi". De même, l'on hésite à confronter l'expression de "responsabilité civile contractuelle" et celle, curieuse, de "responsabilité civile légale". S'il peut sembler *a priori* plus facile de traiter d'"obligations légales"—afin de les distinguer des obligations contractuelles—il demeure que l'emploi du terme jette la confusion dans la mesure où il n'indique pas d'emblée au juriste ignorant la classification selon la source à laquelle il est fait implicitement référence si l'on se trouve dans ou hors de la sphère contractuelle.

⁵³ *Ibid.*, no 444, p. 357.

⁵⁴ Voir, en France, e.g., *Req.*, 15 juin 1892, D.P. 1892.1.596, S.1893.1.281, n. J.-E. L.; et, au Québec, *Regent Taxi and Transport Co. c. La Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] S.C.R. 650, à la p. 690 (M. le juge Mignault); *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, aux pp. 75-76 (M. le juge Beetz).

⁵⁵ Voir Bergel, *op. cit.*, note 2, no 61, p. 74.

⁵⁶ Ghestin et Goubeaux, *op. cit.*, note 52, nos 435-437, pp. 352-354.

⁵⁷ B.N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (Yale University Press, 1921), p. 113.

⁵⁸ H. Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile* (L.G.D.J., 6e éd., P. Azard, 1962), no 394, p. 272. (Mots mis en italique par nous).

Dès lors, il nous paraît qu'il y aurait lieu de rechercher un autre terme ou expression qui ferait pendant au contrat à titre de source d'obligations, d'exécution comme de réparation. Il faut bien indiquer que l'appellation que nous envisageons doit être entendue comme recoupant précisément l'ensemble des obligations, d'exécution et de réparation, autres que contractuelles, qu'elles prennent leur source dans la loi ou la jurisprudence. La meilleure voie consiste, selon nous, à partir d'un donné, soit le mot "contrat" lui-même. Telle démarche est d'ailleurs conforme à la place qu'occupe l'institution en droit des obligations; le contrat y a, en effet, vocation particulière et exceptionnelle à s'appliquer.⁵⁹ C'est, si l'on préfère, lorsqu'il n'y a pas de contrat valable qu'il convient de faire leur place aux autres obligations.⁶⁰ Le lieu de ce dernier régime se situant ainsi par rapport au contrat, l'on définirait tout naturellement son appellation de même manière.

Trois possibilités se présentent dès lors à l'esprit. L'on pourrait, tout d'abord, opposer au "droit du contrat" le "droit des engagements qui se forment sans convention" (ou "sans contrat"). Cette formule est utilisée par le Code civil français de 1804,⁶¹ et se retrouve chez au moins un auteur contemporain.⁶² Outre que l'emploi du mot "engagement" hors de la sphère contractuelle nous paraisse dépassé, la longueur même de l'expression plaide contre elle.⁶³ Il nous semblerait, par exemple, maladroit de traiter d'"obligations contractuelles" d'une part, et d'"obligations résultant d'engagements qui se forment sans convention" d'autre part. Aussi cette première option doit-elle être écartée.

Par ailleurs, comme il s'agit d'obligations contractuelles, il pourrait être question d'obligations "extra-contractuelles". L'expression est employée par divers auteurs,⁶⁴ et figure en bonne place dans le Projet de Code

⁵⁹ Voir Viney, *op. cit.*, note 9, t. IV, no 181, p. 210; et, en ce sens. Avant-projet de la Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations (Éditeur officiel, 1987), tit. prem., c. 2-4.

⁶⁰ Ainsi, Pothier opposait les "contrats" aux "autres causes des obligations"; voir R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, dans Bugnet (éd.), *Oeuvres de Pothier* (Cosse et Marchal, 2e éd., 1861), t. II.

⁶¹ Les rédacteurs ont puisé à J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (Rollin, éd. par de Héricourt, 1745), t. I, où l'auteur oppose les "engagements volontaires et mutuels par les conventions" aux "engagements qui se forment sans convention".

⁶² Voir Carbonnier, *op. cit.*, note 18, no 85, p. 345.

⁶³ Mentionnons, au passage, que, de même, la longueur de l'expression "obligations découlant de la loi", retenue par le Projet de Code civil du Québec, milite à l'encontre de son adoption; voir Projet, *op. cit.*, note 48, liv. V, c. 2, p. 347.

⁶⁴ Voir, e.g., en droit français, C. Beudant, *Cours de droit civil français*, t. VIII: *Les contrats et les obligations* (Rousseau, 2e éd., R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, 1936), no 11, p. 6 et no 419, pp. 307-308; Ripert, *op. cit.*, note 27, no 891, p. 302; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. II (L.G.D.J., 1957), no 25, p. 11; Mazeaud et Mazeaud, *op. cit.*, note 9, no 46, p. 44; Viney, *op. cit.*, note 9, t. IV, p. 535; C. Larroumet, *Droit civil. Les obligations*, t. III (Economica, 1986), et spéciale-

civil du Québec.⁶⁵ Cette terminologie suggère inéluctablement l'opposition au droit du contrat d'un droit de l'"extra-contrat", de même que le recours à l'expression "responsabilité civile extra-contractuelle". Plutôt que de traiter du droit qui est extérieur au contrat, il serait également loisible d'employer un préfixe exprimant simplement la non-appartenance au régime contractuel. Il y aurait ainsi lieu de parler d'un droit du "non-contrat", comme de "responsabilité civile non contractuelle" et d'"obligation non contractuelle".

Ces derniers termes ne sont certes pas aussi insolites qu'il puisse y paraître au premier abord. L'expression d'"obligation non contractuelle" se retrouve ainsi chez Planiol,⁶⁶ et se voit notamment mentionnée dans les Codes civils espagnol, de 1889, et italien, de 1942.⁶⁷ Du reste, l'opposition dont question entre "contrat" et "non-contrat" n'est pas sans rappeler celle, plus célèbre, entre "droit" et "non-droit".⁶⁸ Certains parallèles sont d'ailleurs saisissants. Comme le non-droit peut être objectivement donné par l'ordre juridique ou choisi par le justiciable,⁶⁹ le non-contrat peut épouser la forme d'un donné (ainsi, pour une situation-limite, le transport bénévole de passagers en droit français) ou d'un choix (ainsi, pour une situation-limite, le refus par le passager, en droit français, de se prévaloir de la stipulation pour autrui tacite dont le bénéfice lui est reconnu).⁷⁰ De même, comme l'on peut penser qu'il y a trop de droit,⁷¹ l'on peut croire qu'il y a trop de contrat. Ainsi Viney écrit qu'"il

ment no 70, p. 69; Répertoire du notariat Defrénois, *sub* chronique de jurisprudence civile générale (1971-); et, en droit belge, R. Pirson et A. de Villé, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, ts I et II (Bruylant, 1935).

⁶⁵ Voir Projet, *op. cit.*, note 48, liv. IX (Du droit international privé), arts 30-31. Ces articles offrent deux illustrations de la nécessité d'une terminologie autre que le mot "loi", lequel, bien qu'employé à l'article 3 du livre V pour désigner l'une des deux sources d'obligation—voir *supra*, note 48—n'est pas ici ré-utilisé, non plus que ses dérivés, dans le voisinage des mots "obligations" et "responsabilité civile".

Voir, en outre, pour un récent emploi de l'expression en législation, art. 2270-1 du Code civil français.

⁶⁶ Voir Planiol, *op. cit.*, note 27, p. 283.

⁶⁷ Voir, ainsi, art. 9, para. 1, C. Civ. esp. ([I]as obligaciones no contractuales) et art. 25 dp, para. 2, C. civ. ital. ([I]e obbligazioni non contrattuali). Les deux textes visent des règles de droit international privé.

⁶⁸ Voir, sur cette dernière antinomie, J. Carbonnier, *Flexible droit* (L.G.D.J., 5e éd., 1983), pp. 7-83.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 26-37.

⁷⁰ Voir, quant au transport bénévole, Flour et Aubert, *op. cit.*, note 8, t. II, nos 771-772, pp. 298-299. Cf., Viney, *op. cit.*, note 9, t. IV, no 184, pp. 212-215; et, quant à la stipulation pour autrui tacite, *ibid.*, no 188, pp. 221-223.

⁷¹ Voir Carbonnier, *op. cit.*, note 68, pp. 7-8 et 7-83 *passim*. Adde, pour de pénétrantes observations sur l'un des symptômes du phénomène, un essai du même auteur sur l'"inflation des lois", dans J. Carbonnier, *Essais sur les lois* (Defrénois, 1979), pp. 271-277. Cf., F. Terré, *L'avenir de la loi: trop de lois ou trop de droit?*, J.C.P. 1986.14637 (éd. Entr.).

semble . . . nécessaire de revenir à une conception plus ferme et . . . plus stricte, de la notion du contrat qui postule un véritable accord de volonté sur un objet précis".⁷²

"Droit de l'extra-contrat", responsabilité civile et obligation "extra-contractuelles" ou "droit de non-contrat", responsabilité civile et obligation "non contractuelles"? Si chacune de ces trilogies sait, à sa façon, mettre avantageusement en valeur la fonction "référentielle" du contrat en droit des obligations, il convient de se demander laquelle offre bien les termes idoines. Ni l'une ni l'autre ne paraît devoir être écartée d'emblée, et nous avons nous-même, dans le passé, eu recours à la notion d'"extra-contractualité".⁷³ Toutefois, il faut bien constater que l'usage des termes "non-contrat" et "non contractuelle" permettrait d'éviter une équivoque qui subsisterait autrement. En effet, la particule "extra" peut, outre signifier "en dehors de", tenir lieu de préfixe augmentatif (dans le sens de "super" ou "ultra").⁷⁴ Or, cette seconde signification ne se révèle guère pertinente dans notre contexte. Par exemple, les obligations naissant hors de la sphère contractuelle ne sauraient être dites "supérieures" aux obligations contractuelles. Ainsi note-t-on que l'usage du préfixe "extra" pourrait prêter le flanc au type même de confusion dans les relations entre sources d'obligations que nous avons cherché à éliminer. Au contraire, le recours à la simple négation permet facilement de se prémunir contre telle éventualité.

Aussi s'impose-t-il, dans un souci de rigueur conceptuelle et terminologique, de faire sa place, à côté d'un droit du contrat, à un droit du "non-contrat"; parallèlement à la responsabilité civile contractuelle, à la responsabilité civile "non contractuelle". Tous ces termes et expressions entendent ainsi chapeauter l'ensemble des obligations, d'exécution comme de réparation, qui ne sont pas issues de la sphère contractuelle.⁷⁵ Ceux qui pourraient trouver la nomenclature proposée peu familière, voire curieuse, apprendront avec surprise qu'elle coiffait déjà un ouvrage américain publié à la fin du siècle dernier, lequel s'intitulait précisément "Commentaries on the Non-Contract Law."⁷⁶

⁷² Viney, *op. cit.*, note 9, t. IV, no 239, p. 285, et généralement pp. 285-286. Voir, déjà, M.R. Cohen, *The Basis of Contract* (1933), 46 Harv. L. Rev. 553, aux pp. 568-571, où l'auteur dénonçait les excès du contractualisme ("excesses of contractualism").

⁷³ Voir, e.g., notre étude, Pour une théorie de l'obligation de renseignement du fabricant en droit civil canadien (1980-81), 26 McGill L.J. 207.

⁷⁴ Voir Le Grand Robert, *op. cit.*, note 14, *vbo* extra- (2).

⁷⁵ Planiol insistait à tort sur l'identité des expressions "obligations non contractuelles" et "obligations issues de la loi"; voir Planiol, *loc. cit.*, note 43, aux pp. 225-226. Comme nous l'avons vu, en effet, il existe des obligations non contractuelles, tant d'exécution que de réparation, qui ne sont pas issues de la loi, mais se révèlent plutôt être créées par le juge.

⁷⁶ J.P. Bishop, *Commentaries on the Non-Contract Law* (Flood, 1889).

Les sources des obligations juridiques étant ainsi correctement identifiées, il convient d'interroger la place que cette classification doit occuper au sein de l'ordonnancement de la matière. Comme nous l'avons souligné,⁷⁷ la cassure traditionnellement retenue entre obligations contractuelles et non contractuelles est maintenant moins accusée dans la législation et la jurisprudence, comme chez les auteurs.⁷⁸ Ainsi la thèse de l'unicité de la faute ne paraît plus faire de doute.⁷⁹ De même, il est maintenant accepté que le fardeau de la preuve dans l'action en responsabilité civile incombe tantôt à la victime, tantôt à l'auteur du préjudice et ce, indépendamment du fait que l'on se trouve ou non dans le domaine du contrat. Viney suggère, en outre, que certaines des différences qui subsistent toujours entre les deux régimes d'obligations mériteraient d'être éliminées.⁸⁰ Parce que le contrat appelle, à certains égards, un nécessaire particularisme, il nous paraît cependant que l'essence de la distinction entre les régimes doive être maintenue. Par exemple, si le fabricant d'un produit est bel et bien débiteur envers le tiers⁸¹ d'une obligation de renseignement lui imposant d'avertir ce dernier des dangers potentiels recelés par le produit en question, l'on voit mal qu'il soit également tenu de lui communiquer un mode d'emploi—comme il doit le transmettre à son co-contractant. L'obligation de renseignement à l'endroit du tiers, créancier non contractuel, diffère ainsi à bon droit, par son contenu moins compréhensif, de la prestation due au co-contractant lui-même.⁸²

Ces observations nous conduisent donc à retenir la classification selon la source, non plus à titre de *summa divisio*, mais plutôt comme première sous-classification des obligations juridiques. L'on obtient ainsi un ordonnancement de la matière en vertu duquel les obligations d'exécution comme de réparation se révèlent être ou contractuelles, ou non contractuelles. Telles obligations non contractuelles seront issues de la loi ou de la jurisprudence. Le tableau suivant⁸³ reproduit ces conclusions:

⁷⁷ Voir *supra*, au texte accompagnant n. 5.

⁷⁸ Voir, généralement, notre étude, *supra*, note 1, aux pp. 185-187.

⁷⁹ Voir, déjà, la célèbre définition de la faute offerte par Planiol, dans M. Planiol, note *sub* Paris, 8 février 1896, D.1896.2.457. Cf., Viney, *op. cit.*, note 9, t. IV, no 444, p. 535.

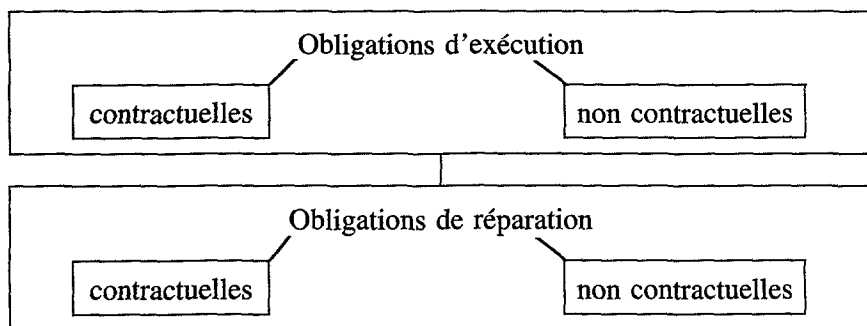
⁸⁰ Voir Viney, *ibid.*, nos 235-237, pp. 279-283; et, en ce sens, Avant-projet de la Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations (Éditeur officiel, 1987), tit. prem., c. 3, et spécialement art. 1516.

⁸¹ Le mot "tiers" est ici employé dans le sens restrictif de *penitus extranei*, et n'inclut donc pas le sous-contractant.

⁸² Voir notre étude, *loc. cit.*, note 73, aux pp. 265-266.

⁸³ Nous n'entendons pas nous attarder ici à la suggestion de Viney, laquelle prône la reconnaissance de divers régimes spéciaux de réparation en matière d'"obligations professionnelles". Ces régimes seraient autonomes par rapport aux deux systèmes traditionnels, c'est-à-dire, dans les termes de l'auteur, les systèmes de "responsabilité contractuelle" et "responsabilité délictuelle". Voir Viney, *op. cit.*, note 9, t. IV, nos 242-245,

OBLIGATIONS JURIDIQUES

II. *Substitution d'une classification fondamentale renouvelée*

Notre critique de la classification selon la source nous a déjà donné l'occasion d'aborder la catégorisation plus fondamentale d'après la nature de l'obligation. Il importe maintenant de procéder à une présentation plus détaillée de cette division même. Nous comptons, par la suite, nous attarder à la question de savoir si l'obligation d'exécution, telle qu'envisagée par la classification que nous mettons de l'avant, doit être entendue comme une obligation plurale par son objet.

A. *Classification des obligations selon leur nature*

Comme l'a bien écrit Bergel, "[i]l faut poser en principe que toute identité de nature implique une identité de régime et que toute différence de nature implique une différence de régime".⁸⁴ Or, l'on ne peut que constater que, dans la matière des obligations juridiques, "[i]l y a deux domaines bien distincts: celui de la formation des obligations initiales et celui de leur sanction ou de la responsabilité".⁸⁵ Aussi une classifica-

pp. 290-300. Mentionnons, toutefois, que la division que nous proposons en responsabilité contractuelle et non contractuelle nous paraît pouvoir accommoder l'essentiel de la critique, à plus d'un égard séduisante, de Viney.

Par ailleurs, nous n'intégrons pas dans ce tableau les autres sous-classifications courantes des obligations juridiques (par exemple, en obligations de donner, faire et ne pas faire).

⁸⁴ Bergel, *op. cit.*, note 2, no 192, p. 220, se référant à *ibid.*, Différence de nature (égale) différence de régime, [1984] Rev. trim. dr. civ. 255, no 3, p. 258. Cf., F. Gény, Science et technique en droit privé positif, t. I (Sirey, 1922), no 52, p. 155, qui insiste que "la classification juridique doit tendre à devenir naturelle". (Mots mis en italique par l'auteur).

⁸⁵ Grandmoulin, *op. cit.*, note 22, p. 32. L'auteur parle ici le langage de "contrat" et "responsabilité civile". Les conclusions sont toutefois les mêmes en ce qui concerne l'"acte juridique" et le "fait juridique". Ainsi les actes juridiques sont généralement compris comme des manifestations de volonté destinées à produire des effets juridiques, alors que les faits juridiques se présentent comme des événements susceptibles de pro-

tion des obligations en deux catégories fondamentales—les obligations d'exécution et de réparation—a-t-elle l'heur d'engendrer une situation où les notions juridiques sont regroupées d'après leurs caractères communs, chacune des catégories se distinguant de l'autre par les différences qui existent entre les traits communs des éléments qui la composent et ceux qui constituent l'autre catégorie.⁸⁶ Cette division combine une certaine esthétique avec un caractère fonctionnel indéniable. En effet, d'une part, le rapport de conformité entre les deux membres de la classification est irréprochable. D'autre part, le double rôle de l'obligation se voit mis en relief de façon saisissante.

La classification des obligations juridiques en obligations d'exécution—les obligations *primaires*—et en obligations de réparation—les obligations *secondaires*—paraît pouvoir revendiquer des antécédents historiques respectables.⁸⁷ Ainsi cette division avait été aperçue dans l'Ancien droit français, notamment par Pothier.⁸⁸ Elle s'est ensuite vue épisodiquement remise en honneur, par exemple par Grandmoulin⁸⁹ et Planiol.⁹⁰ Elle retient, en droit civil contemporain, l'attention d'au moins un auteur, du reste particulièrement autorisé. Carbonnier parle, en effet, d'une "obligation initiale" et d'une "obligation de réparer".⁹¹

Si elle semble y être venue plus tardivement, la dichotomie connaît toutefois, dans les droits de *common law*, un succès beaucoup plus notable. L'on en paraît trouver les premières traces chez Holmes, dans la série de leçons, maintenant célèbre, dont il assurait la publication en 1881.⁹² L'opposition entre obligations primaires et secondaires ne se manifeste alors cependant qu'en filigrane. Ainsi le mot "*primary*" n'est pas utilisé par l'auteur, alors que "*secondary*" n'est employé qu'une fois.⁹³

duire des effets de droit non voulus par les intéressés. Toutefois, les effets générés dans l'un et l'autre cas occupent également "deux domaines bien distincts" dans la mesure où ils ne sont pas de même nature.

⁸⁶ Nous paraphrasons Bergel, *op. cit.*, note 2, no 190, p. 217.

⁸⁷ Voir, e.g., en faveur de l'emploi des termes "primaire" et "secondaire", W.W. Buckland, *The Nature of Contractual Obligation* (1944), 8 Camb. L.J. 247, à la p. 251 (ci-après *Contractual Obligation*); et par le même auteur, *Some Reflections on Jurisprudence* (Cambridge University Press, 1945), p. 103 (ci-après *Reflections*).

⁸⁸ Voir Pothier, *op. cit.*, note 60, nos 183 *et seq.* et no 675; et par le même auteur, *Traité du contrat de louage*, dans Bugnet (éd.), *Oeuvres de Pothier* (Plon, 2e éd., 1861), t. IV, no 455. Nous tenons à exprimer notre profonde gratitude à M. le professeur B. Rudden qui nous a transmis les éléments de cette dernière référence.

⁸⁹ Voir Grandmoulin, *op. cit.*, note 22, pp. 31-32.

⁹⁰ Voir Planiol, *op. cit.*, note 25, no 876, pp. 304-305, où cet auteur parle d'une "obligation antérieure" et d'une "obligation de réparer".

⁹¹ Voir Carbonnier, *op. cit.*, note 18, no 112, p. 487.

⁹² Voir O.W. Holmes, *The Common Law* (Little, Brown, 1881), pp. 298-301.

⁹³ *Ibid.*, p. 298.

La large diffusion que connaît, encore aujourd'hui, cet ouvrage de Holmes ne doit toutefois pas cacher le fait que l'éminent juriste américain écrivait notamment en réaction à certains aspects de la philosophie analytique de John Austin.⁹⁴ Ce dernier, dans une série de leçons parue pour la première fois en 1863, avait en effet mis de l'avant de façon très nette une classification des "*rights and duties*" en "*primary*" et "*sanctioning*" (ou "*secondary*");⁹⁵

Rights and duties not arising from delicts, may be distinguished from rights and duties which are consequences of delicts, by the name of 'primary' (or principal). Rights and duties arising from delicts, may be distinguished from rights and duties which are not consequences of delicts by the name of 'sanctioning' (or 'secondary').

My main division of the matter of the law of things, rests upon the basis or principle at which I have now pointed: namely, the distinction of rights and duties . . . into primary and sanctioning.

Le scepticisme de Holmes, clairement exprimé dans sa correspondance avec Pollock,⁹⁶ n'a évidemment pas empêché que, tout au long du vingtième siècle, le recours à la division entre obligations primaires et secondaires se fasse constant chez divers auteurs, parmi les plus influents. Ceci se vérifie tant dans les textes de philosophie du droit,⁹⁷ que dans les traités et recueils de droit positif.⁹⁸ La classification s'est vue, plus récemment, ramenée à l'avant-plan par une décision remarquée de la *House of Lords* britannique,⁹⁹ ainsi que par l'usage qu'en fait le nouveau

⁹⁴ L'influence déterminante de Austin sur Holmes est mise en lumière par M.D. Howe, *Justice Oliver Wendell Holmes*, t. I: *The Shaping Years 1841-1870* (Harvard University Press, 1957), p. 194; et, plus récemment, par H.L. Pohlman, *Justice Oliver Wendell Holmes & Utilitarian Jurisprudence* (Harvard University Press, 1984), pp. 4-5 et *passim*. *Adde*: W.E. Rumble, *The Thought of John Austin* (Athlone, 1985), p. 5.

⁹⁵ J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, t. II (John Murray, 5e éd., R. Campbell, 1885), *sub* lecture XLV, pp. 760-772, et spécialement p. 761.

⁹⁶ Voir M.D. Howe (éd.), *The Pollock-Holmes Letters*, t. I (Cambridge University Press, 1942), p. 20 (lettre de Holmes à Pollock en date du 25 mars 1883). Voir, également, Pohlman, *op. cit.*, note 94, pp. 8-9.

⁹⁷ Voir, e.g., Corbin, *loc. cit.*, note 26, à la p. 171; Buckland, *Contractual Obligation*, *loc. cit.*, note 87, aux pp. 247-251; Buckland, *Reflections*, *op. cit.*, note 87, pp. 96-103; P.J. Fitzgerald (éd.), *Salmond on Jurisprudence* (Sweet & Maxwell, 12e éd., 1966), pp. 100-104; D. Lloyd, *The Idea of Law* (Penguin, 1964; rév. en 1981), pp. 312-314; R.W.M. Dias, *Jurisprudence* (5e éd., Butterworths, 1985), pp. 235-236. *Adde*: W.N. Hohfeld, *The Relations Between Equity and Law* (1913), 11 Mich. L. Rev. 537, aux pp. 553-557; H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (Dalloz, 1962), pp. 343-344, où l'auteur traite d'obligations "principale" et "substitutive".

⁹⁸ Voir, e.g., A.L. Corbin, *Corbin on Contracts*, t. IA (West, 1963), no 182; t. V (1964), no 995; t. VIA (1962), no 1432; F. Kessler et G. Gilmore, *Contracts* (Little, Brown, 2e éd., 1970), p. 66; J.D. Calamari et J.M. Perillo, *The Law of Contracts* (West, 2e éd., 1977), p. 518.

⁹⁹ Voir *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827, aux pp. 848-850 (H.L.) (Lord Diplock). *Adde*: *C. Czarnikow Ltd. c. Koufos (The Heron II)*,

Code civil louisianais.¹⁰⁰ Nous inspirant en cela du philosophe Alain—qui écrivait qu’“[il] n’y a qu’une méthode pour bien penser, qui est de continuer quelque pensée ancienne et éprouvée”—,¹⁰¹ nous avons choisi, à notre tour, d’opérer la reviviscence de la distinction entre obligations primaires et secondaires en droit civil contemporain.¹⁰² En cela, nous donnons son effet au mot de Atias, selon lequel “[l]e théoricien ne travaille pas pour inventer; il préfère retrouver”.¹⁰³ Vu les similarités, différences et relations qu’elle doit permettre d’apercevoir entre les deux types d’obligation,¹⁰⁴ la classification selon la nature nous apparaît comme particulièrement riche.

Les obligations primaires sont contractuelles (ainsi, l’obligation pour un transporteur de marchandises de livrer la chose à la date convenue) ou non contractuelles (ainsi, l’obligation faite aux parents d’éduquer et de surveiller leurs enfants ou l’obligation faite à toute personne de ne pas s’enrichir aux dépens d’autrui). De même, les obligations secondaires sont contractuelles (ainsi, une clause déterminant les modalités d’indemnisation du préjudice, par le biais d’une limitation de responsabilité) ou non contractuelles (ainsi, l’obligation d’indemniser le préjudice découlant directement du délit ou l’obligation de restituer l’enrichissement injustifié). En d’autres termes, les obligations primaires sont celles dont l’existence n’est pas assujettie à la commission préalable d’une faute, contractuelle ou non contractuelle. Pour leur part, les obligations secondaires sont précisément dépendantes de l’occurrence d’une telle faute.¹⁰⁵ Cette relation de dépendance est rendue de façon imagée par Carbonnier, qui écrit:¹⁰⁶

[d]e [l]a violation [de l’obligation initiale] sort l’obligation de réparer, qui la double virtuellement, prête à surgir en cas de transgression.

Il faut toutefois insister que l’obligation secondaire n’est pas l’obligation primaire qui se serait métamorphosée. C’est, au contraire, une

[1966] 2 Q.B. 695, aux pp. 730-731 (C.A.) (Diplock L.J.); *Harvela Investments Ltd. c. Royal Trust Co. of Canada (C.I.)*, [1986] A.C. 207, à la p. 227 (H.L.) (Lord Diplock).

¹⁰⁰ Voir art. 2005 du Code civil louisianais de 1985 où, dans le cadre d’une disposition portant sur la clause pénale (*stipulated damages clause*), il est fait mention de “‘secondary’ [and] ‘principal’ [obligations]”.

¹⁰¹ Alain, *Propos sur l’éducation* (Presses universitaires de France, 16e éd., 1976), p. 136. Voir, en ce sens, G. Matzneff, *Le taureau de Phalaris*. Dictionnaire philosophique (La Table Ronde, 1987), *vbo* filiation.

¹⁰² Voir, déjà, notre étude, *loc. cit.*, note 1, p. 194.

¹⁰³ Atias, *op. cit.*, note 27, no 34, p. 88.

¹⁰⁴ Cf., Gény, *op. cit.*, note 84, no 52, p. 154: “[une classification] ne doit pas servir seulement à mettre un ordre artificiel dans les concepts juridiques, mais plutôt encore, en révélant leurs ressemblances et leurs différences, à permettre, au droit positif, un emploi judicieux et sûr de l’analogie”.

¹⁰⁵ Voir Buckland, *Reflections*, *op. cit.*, note 87, pp. 96-97.

¹⁰⁶ Carbonnier, *op. cit.*, note 18, no 112, p. 487.

obligation nouvelle qui voit le jour. Mazeaud et Mazeaud l'expliquent fort bien:¹⁰⁷

Sans doute une obligation liait déjà l'auteur du dommage et la victime; mais l'obligation dont il s'agit est une obligation différente, qui remplace la première. Il y a successivement deux obligations; la première naît du contrat, la seconde de la responsabilité contractuelle . . . La situation est la même en cas de responsabilité délictuelle.^[108] Avant la réalisation du dommage une première obligation existait, créée cette fois par la loi, non par le contrat . . . La violation de cette obligation fait naître une nouvelle obligation: l'obligation de réparer le dommage résultant de cette violation.

Que l'obligation secondaire soit distincte de l'obligation primaire se vérifie par le fait que la réparation connaît une envergure qui est sans rapport nécessaire avec celle de l'obligation primaire inexécutée. En effet, la réparation se mesure à l'aune du préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation primaire plutôt qu'en référence à cette obligation même.¹⁰⁹ L'on a ainsi justement souligné que l'obligation secondaire se fait bien souvent plus lourde que l'obligation primaire.¹¹⁰

Quant à la forme qu'épousera l'obligation secondaire, celle-ci relève du jugement en responsabilité civile—lequel est, à cet égard, constitutif.¹¹¹ S'agissant de l'obligation secondaire, l'on mentionnera enfin qu'elle engendre nécessairement une créance *in personam*, c'est-à-dire opposable à un ou des débiteurs déterminés. Elle se démarque en cela de l'obligation primaire, laquelle peut, par exemple dans le domaine non contractuel, faire naître chez le créancier une créance opposable au monde entier ou, plus précisément, à un nombre indéterminé de débiteurs déterminables (*in rem*).¹¹²

La classification des obligations selon leur nature permet une heureuse mise en valeur, dans l'ordre de leur importance, des fonctions "hortatoires" des deux institutions juridiques qui la sous-tendent, soit le contrat et le non-contrat, comprises comme intégrant les sources de droits subjectifs que sont la loi et la jurisprudence.¹¹³ Ainsi le contrat vise-t-il, primordialement (donc sur le plan primaire), à favoriser les échanges de

¹⁰⁷ Mazeaud et Mazeaud, *op. cit.*, note 9, no 376, pp. 352-353. Mais, voir Carbonnier, *op. cit.*, note 18, no 70, p. 276, et no 112, p. 487.

¹⁰⁸ Nous préférons l'expression, plus compréhensive, de "responsabilité non contractuelle".

¹⁰⁹ Voir Marty et Raynaud, *op. cit.*, note 8, no 447, p. 494.

¹¹⁰ Voir Mazeaud et Mazeaud, *op. cit.*, note 9, no 376, p. 353.

¹¹¹ Ce qui ne l'empêche pas d'être simultanément déclaratif au titre du droit à la réparation, c'est-à-dire en ce qui a trait à l'existence même de l'obligation secondaire; voir Carbonnier, *op. cit.*, note 18, no 112, pp. 487-488.

¹¹² Voir Corbin, *loc. cit.*, note 26, à la p. 171; Fitzgerald, *op. cit.*, note 97, p. 244.

¹¹³ Le terme "hortatoire" est une traduction libre de l'anglais "hortatory", dont l'usage est revendiqué par P.S. Atiyah, *From Principles to Pragmatism* (Clarendon Press, 1978), pp. 3-4.

biens et services et, corrélativement, à assurer l'exécution des obligations, c'est-à-dire le respect de la parole donnée. Accessoirement (donc, sur un plan secondaire), le contrat se préoccupe de réparer le préjudice causé à la victime d'une faute contractuelle.¹¹⁴ Le non-contrat, quant à lui, impose au premier chef une obligation générale ou des obligations particulières de "comportement".¹¹⁵ Il vise donc, sur le plan primaire, à orienter les attitudes des justiciables dans le sens d'un respect des intérêts d'autrui. Pour Planiol, il y a là une fonction de prévention de la lésion causée à autrui. Ainsi, traitant des obligations primaires non contractuelles, l'éminent auteur écrit notamment qu'il s'agit d'obligations "qui ont pour cause la crainte d'un préjudice futur".¹¹⁶ De même, Le Tourneau parle d'une "finalité première, originelle (et originale)—rarement, si ce n'est jamais, relevée—[qui] est de prévenir plus que de guérir, d'éviter plus que de réparer".¹¹⁷ Accessoirement, sur un plan secondaire, le non-contrat vise à indemniser la victime d'une faute non contractuelle du préjudice par elle éventuellement subi.¹¹⁸

Si tels sont les grands axes de la classification en obligations primaires et secondaires, nous ne saurions prétendre que la division soit parfaitement étanche. Ceci ne saurait guère surprendre. Paraphrasant Ghestin, l'on peut, en effet, affirmer que "la réalité vivante et complexe [du droit des obligations] se laisse difficilement enfermer dans des concepts".¹¹⁹ Du moins, la dichotomie retenue ne se voit-elle pas remise en cause dans ses fondements.

¹¹⁴ Voir Viney, *op. cit.*, note 9, no 36, p. 45, qui écrit que "l'indemnisation des dommages . . . est considérée comme l'objectif essentiel de la responsabilité civile". Nous entendons ici l'expression "responsabilité civile" dans le sens limitatif que nous lui avons précédemment reconnu; voir *supra*, au texte accompagnant n. 35.

¹¹⁵ Le terme même apparaît dans le Projet; voir *op. cit.*, note 48, liv. V, tit. prem., c. 2, sec. 1. Il y a, toutefois, lieu de préciser qu'il s'agit bien d'une obligation de comportement et non, comme le mentionne le Projet, à l'intitulé coiffant les articles 94 et suivants du livre V, d'une obligation "découlant du" comportement. Cette dernière expression connote, en effet, l'obligation secondaire non contractuelle.

Voir, également, Crépeau, *op. cit.*, note 12, no 15, pp. 7-8: "avant même que le préjudice ait été subi par suite de la faute de l'auteur, une véritable obligation juridique—une obligation de comportement—a effectivement existé" (p. 7). *Adde*: J. Faurès et J. de Meyer (éds.), *La pensée juridique du procureur général Paul Leclercq*, t. II (Bruylant, 1953), p. 133.

¹¹⁶ Planiol, *op. cit.*, note 25, no 807, p. 269. Mais, voir la critique de Ripert, *op. cit.*, note 27, no 26, p. 10.

¹¹⁷ P. Le Tourneau, *Des mérites et vertus de la responsabilité civile*, *Gaz. Pal.* 1985.1.283, pp. 284-285.

Nous rejoignons ici la thèse socialiste mise de l'avant par les adhérents au mouvement connu sous le nom de *Critical Legal Studies*; voir, ainsi, R.L. Abel, *A Critique of American Tort Law* (1981), 8 *Brit. J. Law & Soc.* 199, à la p. 208: "compensation must be subordinated to safety".

¹¹⁸ *Supra*, note 114.

¹¹⁹ J. Ghestin, *L'utile et le juste dans les contrats*, D.1982.Chr.1, p. 10.

Les lignes de démarcation s'estompent notamment dans deux cas, situés l'un et l'autre à différents niveaux de la classification. Une première lacune, à laquelle nous avons déjà fait allusion,¹²⁰ se fait jour au sein des obligations primaires et secondaires elles-mêmes. D'une part, les obligations primaires contractuelles n'échappent pas à une certaine influence de la loi. Comme nous l'avons souligné,¹²¹ le droit du contrat ne perd pas pour autant sa spécificité vis-à-vis du droit du non-contrat. Selon Engel, par exemple, alors que "l'acte illicite [*i.e.*, non contractuel] présuppose une infraction à un devoir universel statué par l'ordre juridique, la violation d'une obligation née d'un contrat . . . se rapporte à un devoir singulier".¹²² Or, tel devoir singulier est, en principe, aménagé par les parties elles-mêmes.¹²³ L'on a pu, en ce sens, parler de la "*plasticité*" particulière des obligations contractuelles".¹²⁴ Ainsi, malgré le dirigisme contractuel qui marque le droit contemporain, l'accord de volontés demeure bien le critère du contrat et, à ce titre, le distingue d'autres institutions juridiques.¹²⁵ Dès lors, la classification ne saurait souffrir de ce que certaines obligations primaires contractuelles soient insérées dans le contrat d'office, par la loi ou le juge. L'on songe notamment aux obligations participant de l'ordre public contractuel, souvent introduites dans le contrat par un processus de révision judiciaire.¹²⁶

D'autre part, les obligations secondaires contractuelles ne sont pas non plus tout à fait indépendantes de la loi. L'immixtion de la loi dans le contrat se manifeste ici, notamment, par le biais de l'édiction d'une règle générale d'indemnisation (soit la compensation pour la perte subie et le gain manqué),¹²⁷ par la prohibition de clauses pénales et de clauses élisives ou limitatives de responsabilité et par l'établissement de règles concernant la libération de la partie victime d'une inexécution de l'obligation primaire. Cette intervention de la loi (donc, du non-contrat) dans le contrat avait déjà été aperçue par Grandmoulin, lequel en exagérait toutefois la portée en assimilant systématiquement les obligations secon-

¹²⁰ Voir *supra*, au texte accompagnant n. 49.

¹²¹ Voir *supra*, au texte accompagnant n. 50.

¹²² Engel, *op. cit.*, note 9, no 98, p. 301.

¹²³ Corbin souligne le contrôle que sont en mesure d'exercer les parties sur leurs obligations primaires contractuelles; voir Corbin, *op. cit.*, note 98, t. VIa, no 1432.

¹²⁴ Ripert, *op. cit.*, note 27, p. 11. (Mot mis en italique par l'auteur).

¹²⁵ Voir Viney, *op. cit.*, note 9, nos 188-192, pp. 145-149.

¹²⁶ Voir, généralement, Viney, *ibid.*, t. IV, nos 483-518, pp. 577-626. *Adde*: notre étude, *Judicial Revision of Contracts in French Law: A Case-Study* (1988), 62 *Tul. L. Rev.* 963.

¹²⁷ Voir art. 1073 du Code civil du Bas Canada. Aussi ne saurait-on accepter l'opinion trop tranchée de Holmes, selon lequel "as the contract is by mutual consent, the parties themselves, expressly or by implication, fix the rules by which the damages are to be measured": *Globe Refining Co. c. Landa Cotton Oil Co.*, 190 U.S. 540, à la p. 543 (1903). Voir, d'ailleurs, F. Pollock, *The Law of Torts* (Stevens, 7e éd., 1904),

daïres contractuelles à des obligations "légales".¹²⁸ Planiol critique cette position dans un passage qui démontre que le phénomène que nous avons mis en relief ne lui avait toutefois pas échappé.¹²⁹ Plus récemment, Le Tourneau insiste sur la distinction fondamentale qui, malgré le débordement de la loi, subsiste entre les sphères contractuelle et non contractuelle.¹³⁰

La seconde atténuation à la classification fondamentale en obligations primaires et secondaires concerne cette opposition même. Dans un premier temps, il est certaines interventions judiciaires qui, bien que se manifestant en matière de remèdes,¹³¹ évoquent davantage l'obligation primaire. Il s'agit de cas où le juge entreprend de rétablir la légalité violée ce qui, dans le domaine contractuel, l'amène, par exemple, à ordonner l'exécution en nature de l'obligation prévue au contrat.¹³² Malgré le fait qu'il s'agisse là d'un remède, octroyé postérieurement à l'occurrence d'une faute contractuelle, le débiteur se voit astreint à ce qui ne constitue, le plus souvent, rien d'autre que l'essence de son obligation primaire même. En d'autres termes, l'obligation secondaire qui lui est imposée n'a d'autre objet que de réactiver l'obligation primaire violée.

L'imbrication des obligations primaires et secondaires se révèle, du reste, plus complexe encore. Ainsi un jugement d'exécution en nature méconnu par le débiteur engendrera une amende ou un emprisonnement au motif d'outrage au tribunal.¹³³ Il faut voir ici une obligation secondaire (le créancier direct en étant l'État), dont l'objectif principal est de conduire le débiteur à exécuter son obligation primaire. L'on passe donc de l'imposition d'une obligation secondaire qui consiste en l'exécution de l'obligation primaire à l'imposition d'une obligation secondaire, telle le paiement d'une amende, dont l'objet est de *favoriser* l'exécution de l'obligation primaire.¹³⁴

pp. 546-548. Dans une lettre à Pollock en date du 8 octobre 1904, Holmes confronte son jugement dans *Globe Refining* au point de vue du juriste britannique; voir Howe, *op. cit.*, note 96, t. 1, p. 119. Voir, également, *e.g.*, Corbin, *op. cit.*, note 98, t. VIA, no 1432.

¹²⁸ Grandmoulin, *op. cit.*, note 22, pp. 7, 18, 23, 33 et 88.

¹²⁹ Voir Planiol, *loc. cit.*, note 79, pp. 457-458. Voir, encore, Ripert, *op. cit.*, note 27, no 28, p. 11, où cet auteur écrit que "l'opposition entre les obligations contractuelles et les obligations légales *s'affaiblit* sous un régime juridique dans lequel le législateur a la prétention de régler lui-même les effets du contrat et ne permet pas aux parties de déroger à la réglementation légale". (Mots mis en italique par nous).

¹³⁰ Voir P. Le Tourneau, La responsabilité civile (Daloz, 3e éd., 1982), no 160, pp. 63-64.

¹³¹ Voir, quant à l'emploi du mot "remèdes", notre étude, *loc. cit.*, note 1, pp. 202-203.

¹³² Voir *infra*, au texte accompagnant nn. 193-194.

¹³³ Le droit français connaît, de son côté, la procédure de l'astreinte, cette institution agissant comme une peine privée. Voir, généralement, *e.g.*, Mazeaud et Mazeaud, *op. cit.*, note 9, nos 940 à 954-2, pp. 1009-1018.

¹³⁴ Voir Fitzgerald, *op. cit.*, note 97, p. 102, n.(n). En outre, cette obligation secondaire peut elle-même être l'occasion d'une obligation primaire dans la mesure où

Dans un deuxième temps, un autre phénomène peut se produire, qui est l'image inversée du premier. Ainsi il se trouve des circonstances où le juge, appelé à octroyer un remède contractuel, choisit, plutôt que de mettre de l'avant une obligation secondaire, d'intervenir au niveau des obligations primaires mêmes. Il insérera par exemple dans le contrat, par un processus de révision judiciaire, une obligation de sécurité ou de renseignement. Il peut, *a priori*, sembler que cette situation ne se distingue guère du jugement d'exécution en nature discuté plus haut en ce que, ici encore, se présente un cas d'intervention judiciaire en matière de remèdes mettant effectivement en cause une obligation primaire. Mais la différence existe. En l'espèce, la conduite du débiteur n'aurait, avant que la décision ne fut rendue, donné lieu à aucune obligation primaire. Celle-ci, en effet, ne se fait jour qu'à *la suite* du jugement. Elle est, en quelque sorte, instituée rétroactivement. Cependant—et précisément en raison de ce caractère rétroactif—, l'obligation primaire en question évoque davantage une obligation visant à réparer le préjudice causé qu'une obligation d'exécuter le contrat. Il s'agit donc d'un cas où l'obligation primaire joue le rôle d'une obligation secondaire.¹³⁵

B. *Précisions sur l'objet des obligations*

Si la distinction entre obligations primaires et secondaires est parfois voilée, il demeure qu'elle se trouve, le plus souvent, tout à fait nette. Aussi convient-il maintenant de nous demander si les obligations primaires doivent être comprises comme autant d'obligations plurielles par leur objet. Plus précisément, y a-t-il lieu de voir, dans l'obligation primaire, une obligation alternative ou facultative? Notre examen de la question serait incomplet s'il ne se doublait pas d'une appréciation critique de la position jadis défendue par Holmes.

Appliquée à la question qui nous intéresse ici, la théorie classique du droit des obligations dites à "objet complexe" suggère les constatations suivantes.¹³⁶ D'abord, l'on peut considérer que l'obligation pri-

toute personne a, au titre de l'obligation de ne pas nuire à autrui, l'obligation de ne pas faire obstacle à l'officier de justice procédant au prélèvement de l'amende ou, éventuellement, à une arrestation. Sous ce dernier rapport, l'observation s'applique également au paiement de dommages-intérêts qui ne serait pas honoré. La constatation d'un outrage au tribunal imposerait en effet, pareillement, au débiteur récalcitrant, une obligation (primaire) de ne pas s'opposer à l'officier de justice venu, par exemple, procéder à une saisie de ses biens.

¹³⁵ Voir P.S. Atiyah, *The Legacy of Holmes Through English Eyes*, dans *Holmes and the Common Law: A Century Later* (Harvard Law School, 1983), p. 62.

¹³⁶ Voir, pour une application similaire dans le contexte (voisin) de l'article 1142 du Code civil français, Carbonnier, *supra*, note 18, no 145, p. 631.

Voir, quant aux obligations à objet complexe, *e.g.*, en droit français, Mazeaud et Mazeaud, *op. cit.*, note 9, nos 1046-1049, pp. 1086-1087; Starck, *op. cit.*, note 42, nos 1096-1104, pp. 382-384; Weill et Terré, *op. cit.*, note 42, no 924, pp. 919-920; Car-

maire porte, à titre principal, sur un seul objet. *A priori*, le débiteur se voit donc tenu d'exécuter cette prestation même. Il conserve cependant la "faculté" de se libérer de son obligation primaire en exécutant une autre prestation déterminée, accessoire à la première. Cette seconde prestation pourra, par exemple, consister en un paiement de dommages-intérêts. L'obligation primaire peut toutefois être perçue autrement et comprise comme portant simultanément sur deux objets, c'est-à-dire sur l'"exécution" elle-même et les dommages-intérêts. Ces objets étant tous deux envisagés à titre principal, le débiteur jouit d'une option. Il lui est loisible de se libérer en satisfaisant à l'un ou l'autre objet. Dès lors, le débiteur peut, plutôt qu'exécuter son obligation primaire, opter pour le paiement de dommages-intérêts.¹³⁷

La distinction entre obligations facultative et alternative, utile lorsque se fait jour une impossibilité d'exécution, ne conduit pas ici à des résultats sensiblement différents. Dans un cas comme dans l'autre, le débiteur se voit en effet reconnaître la possibilité de substituer une obligation secondaire à son obligation primaire et ce, en toute légitimité.

Un recours à la terminologie de Hohfeld doit nous permettre de jauger les implications de cette conclusion sur un éventuel droit du créancier à l'exécution de l'obligation primaire.¹³⁸ Ainsi, l'on peut d'abord croire qu'un tel droit n'existe tout simplement pas. En effet, si le débiteur jouit de la liberté (*privilege*) de ne pas exécuter son obligation primaire, moyennant le versement à son créancier d'une somme de dommages-intérêts, le corrolaire hohfeldien en est, pour le créancier, une absence de droit (*no-right*) à l'exécution de l'obligation primaire. Moins radicalement, l'on peut par ailleurs penser que, bien qu'existant, le droit à l'exécution se trouve, en quelque sorte, à la merci du débiteur. Celui-ci a la faculté (*power*) de modifier le contenu du patrimoine de son créancier en substituant au droit à l'exécution de l'obligation primaire détenu par celui-ci un droit à l'exécution de l'obligation secondaire, c'est-à-dire à un paiement de dommages-intérêts.¹³⁹

Dans le langage de Calabresi et Melamed,¹⁴⁰ on dirait que le droit à l'exécution de l'obligation primaire constitue l'un de ces "*legal entitlements*" protégés par ce que les auteurs appellent des "*liability rules*".

bonnier, *op. cit.*, note 18, pp. 114-115; Malaurie et Aynes, *op. cit.*, note 9, nos 609-610, pp. 430-431; et en droit québécois, Baudouin, *op. cit.*, note 8, nos 802-806, pp. 452-454.

¹³⁷ En l'espèce, l'application de la théorie des obligations à objet complexe n'est pas parfaitement satisfaisante. En effet, contrairement au cas où le débiteur s'engage à livrer une chèvre ou un cheval, le second objet est ici intégré dans le système de remèdes et ne fait pas partie de la promesse elle-même; voir Atiyah, *op. cit.*, note 135, p. 57.

¹³⁸ Voir, sur la terminologie de Hohfeld, *supra*, note 26.

¹³⁹ Cf., J.W. Harris, *Legal Philosophies* (Butterworths, 1980), p. 84.

¹⁴⁰ Voir G. Calabresi et A.D. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral* (1971-72), 85 Harv. L. Rev. 1089, à la p. 1092.

L'appropriation unilatérale d'un tel droit par un non-titulaire (ainsi, le débiteur contractuel) oblige celui-ci, à la suite de l'appropriation, à indemniser le titulaire du droit de tout préjudice par lui encouru. Le montant de cette indemnisation est fixé par un représentant de l'État (par exemple, un juge).¹⁴¹

La dernière décennie a vu se développer, en droit anglo-américain du *contract*, un important mouvement doctrinal revendiquant précisément pour le débiteur, du moins en certaines circonstances, la flexibilité dont nous avons fait état, et réduisant du coup à une peau de chagrin le "droit" du créancier à l'exécution de l'obligation primaire. Selon les tenants du "*efficient breach of contract*", le débiteur doit en effet être encouragé à violer son contrat (donc, à commettre une faute contractuelle) dès lors que la répartition des ressources économiques générée par cette violation satisferait, mieux que celle existant en vertu du contrat, au critère parétien de l'avantage collectif.¹⁴² En termes concrets, X doit donc pouvoir violer son contrat conclu avec Y si, ce faisant, il est en mesure d'obtenir un prix suffisamment élevé de son contrat de remplacement avec Z pour tout de même réaliser un profit, une fois versés à Y les dommages-intérêts qui lui sont dus.¹⁴³ D'aucuns affirment, du reste,

¹⁴¹ Calabresi et Melamed n'étendent pas leur discussion au droit du *contract*. L'application de leur théorie à cette matière est redevable à A.T. Kronman. *Specific Performance* (1977-78), 45 U. Chi. L. Rev. 351, aux pp. 352-354. Voir, également, T.S. Ulen, *The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies* (1984-85), 83 Mich. L. Rev. 341, aux pp. 369-371.

¹⁴² Pareto soutient qu'une répartition de ressources A' est supérieure à une autre répartition A du point de vue de l'avantage collectif si, et seulement si, personne ne se trouve dans une pire position en vertu de A' qu'en vertu de A et si quelqu'un au moins se trouve dans une meilleure position en vertu de A' qu'en vertu de A.

La loi de Pareto, comme le principe de compensation de Kaldor et Hicks s'y rattachant, fondent dans une large mesure le mouvement contemporain d'analyse économique du droit. L'on trouvera une utile présentation de ces concepts dans J. Murphy et J. Coleman, *The Philosophy of Law* (Rowman & Allenheld, 1984), pp. 212-218. Voir, également, pour un bref exposé en langue française de ces postulats de l'analyse économique du droit, B. Rudden, *Le juste et l'inefficace*. Pour un non-devoir de renseignement, [1985] Rev. trim. dr. civ. 91, aux pp. 93-94.

¹⁴³ La théorie du "*efficient breach of contract*" est présentée par de nombreux auteurs. Voir, notamment, R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* (Little, Brown, 3e éd., 1986), pp. 107-108; A.M. Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (Little, Brown, 1983), pp. 29-32; Murphy et Coleman, *op. cit.*, note 142, pp. 239-244; C.J. Goetz, *Cases and Materials on Law and Economics* (West, 1984), pp. 251-255; I.R. Macneil, *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky* (1982), 68 Va. L. Rev. 947, aux pp. 947-949; Ulen, *loc. cit.*, note 141, aux pp. 342-346; P. Linzer, *On the Amoral-ity of Contract Remedies-Efficiency, Equity, and the Second Restatement* (1981), 81 Col. L. Rev. 111, aux pp. 113-116. Voir, également, pour un exposé en langue française, B. Rudden et P. Juilhard, *La théorie de la violation efficace*, [1986] Rev. int. dr. comp. 1015.

que le droit positif endosse cette théorie. Ainsi Goetz et Scott écrivent-ils que:¹⁴⁴

The modern law of contract damages is based on the premise that a contractual obligation is not necessarily an obligation to perform, but rather an obligation to choose between performance and compensatory damages.

Nous ne croyons pas, quant à nous, que le *common law* ait, à ce jour, consacré la thèse du *efficient breach*, que ce soit aux États-Unis, en Angleterre ou au Canada. Sur le plan normatif, cette théorie peut d'ailleurs être critiquée, et notamment à deux égards. Tout d'abord—et c'est là l'opinion de Harris—¹⁴⁵ la thèse du *efficient breach*, telle que couramment présentée, ne tient pas suffisamment compte de la position de Y, créancier au contrat original. Ainsi, lorsque X, débiteur au contrat original, entreprend de rompre ce contrat même pour en conclure un second avec un tiers, Z, il ne se préoccupe pas de ce que le contrat initial peut, du point de vue (subjectif) de Y, avoir acquis une valeur supérieure à celle qu'il présentait au moment de sa formation. De fait, cette valeur peut avoir crû en importance à un point tel que la perte encourue par Y à la suite de la violation, par X, du contrat initial se verra inadéquatement compensée par le truchement du gain (objectif) réalisé par ce dernier en vertu du second contrat. Dans ce cas, la violation de son contrat original par X ne satisfait donc pas au critère parétien de l'avantage collectif. Non seulement le *efficient breach* est-il ainsi susceptible de se révéler, en fait, économiquement inefficace, mais encore se trouve-t-il être la source d'une iniquité qu'il nous faut regretter. L'on peut, en effet, à l'instar de Harris,¹⁴⁶ considérer qu'il est injuste de permettre à une partie au contrat initial (en l'espèce, X) de réévaluer sa position postérieurement à la formation de ce contrat tout en niant au co-contractant (Y) la possibilité de faire de même.

Il est une seconde critique que l'on peut adresser à la théorie du *efficient breach*, laquelle revêt un plus grand intérêt encore dans le contexte de notre recherche. En effet, tout en acceptant l'idée sous-jacente à la thèse du *efficient breach*—soit que l'on doive, d'une part, résister à un gaspillage de ressources et, d'autre part, promouvoir leur répartition au profit de l'avantage collectif—, certains auteurs interrogent l'aptitude de la théorie à atteindre à l'efficacité économique recherchée. Selon ces auteurs, cette efficacité serait davantage favorisée si le débiteur désireux de rompre le contrat initial pour en conclure un second avec un

¹⁴⁴ C.J. Goetz et R.E. Scott, Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach (1977), 77 Col. L. Rev. 554, à la p. 558.

¹⁴⁵ Voir D. Harris, Contract as Promise—A Review Article Based on Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation, by Charles Fried (1983), 3 Int'l Rev. L. & Econ. 69, à la p. 74.

¹⁴⁶ *Ibid.*

tiers se voyait juridiquement contraint, plutôt que de verser à son créancier original une somme de dommages-intérêts compensatoires, de procéder à l'exécution en nature du premier contrat.¹⁴⁷

Aux termes de cette proposition, le droit du créancier à l'exécution de son obligation primaire participerait des "*legal entitlements*" protégés par l'autre type de règles envisagé par Calabresi et Melamed, soit les "*property rules*". D'après ces auteurs, un non-titulaire ne peut s'approprier un tel "*entitlement*" que s'il "achète" d'abord la permission de se l'approprier du titulaire du droit lui-même. Le non-titulaire qui irait de l'avant sans avoir préalablement obtenu cette permission se rendrait passible d'une sanction (par exemple, d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement).¹⁴⁸ Les critiques de la thèse du *efficient breach* qui voient dans l'exécution en nature le meilleur moyen d'atteindre à une répartition optimale des ressources au regard de l'avantage collectif avancent que, forcé de s'exécuter, le débiteur original achètera sa libération de son créancier à un prix qui lui permettra tout de même de tirer un profit de son second contrat.¹⁴⁹ S'il n'y a pas lieu d'insister ici sur les arguments d'ordre économique qui justifient ces auteurs de déroger ainsi à la thèse traditionnelle du *efficient breach*,¹⁵⁰ il faut bien voir que cette approche présente l'insigne avantage d'offrir au créancier original (en l'espèce, Y) la possibilité de mettre de l'avant la valeur accrue que pourra avoir acquis pour lui la transaction originale depuis sa conclusion. L'on pare ainsi les objections formulées par Harris, tant sur le plan de l'efficience économique que de l'équité.

Si limitée soit-elle dans son envergure, cette réfutation en deux points n'en porte pas moins atteinte à la théorie classique du *efficient breach* dans ses assises mêmes. Aussi nous paraît-elle devoir entraîner du même coup le rejet de toute conception de l'obligation primaire comme

¹⁴⁷ Voir, ainsi, Macneil, *loc. cit.*, note 143, aux pp. 957-960; A. Schwartz, *The Case for Specific Performance* (1980), 89 *Yale L.J.* 271, aux pp. 284-291; Ulen, *loc. cit.*, note 141, aux pp. 343-344 et 379.

¹⁴⁸ Voir Calabresi et Melamed, *loc. cit.*, note 140, aux pp. 1092 et 1126; et, pour une application de cette théorie au droit du *contract*, Kronman, *loc. cit.*, note 141, aux pp. 352-354; Ulen, *loc. cit.*, note 141, aux pp. 369-371.

¹⁴⁹ Kronman poursuit la réflexion: si le débiteur refuse de s'exécuter, il pourra y être contraint par injonction, et s'il refuse toujours d'obéir, il sera alors passible d'une amende ou peine d'emprisonnement; *ibid.*, aux pp. 352-353 et 376-377.

¹⁵⁰ L'on mentionne notamment que l'exécution en nature, à la différence d'un paiement en dommages-intérêts, agit à la baisse sur les coûts transactionnels subséquents à la violation du contrat. Selon Macneil, ceci se vérifie tout particulièrement eu égard à ce qu'il appelle les "coûts relationnels", comprenant, par exemple, le préjudice à la réputation de la partie en faute et la perte, pour elle, d'opportunités futures de contracter avec son actuel co-contractant; voir *loc. cit.*, note 143, aux pp. 958-959. De plus, l'exécution en nature conduit, par ricochet, à une diminution des coûts transactionnels encourus lors de la formation du contrat, ainsi qu'à une plus grande efficacité du processus de négociation pré-contractuelle en général.

obligation facultative ou alternative. Nous ne saurions toutefois écarter définitivement cette approche sans nous être au préalable attardé à la théorie de Holmes.

Bien qu'élaborée à la fin du dix-neuvième siècle,¹⁵¹ l'analyse du contrat proposée par Holmes demeure d'actualité. L'on constate, par exemple, que défenseurs et opposants de la thèse classique du *efficient breach of contract* s'y réfèrent expressément comme fondement de cette théorie.¹⁵² Le même passage est constamment visé, soit celui où l'éminent juriste américain écrit que:¹⁵³

The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it,—and nothing else.

L'interprétation couramment retenue de ces lignes de Holmes est que ce dernier percevait le contrat comme permettant à un débiteur d'exécuter, à son gré, ou son obligation primaire, ou son obligation secondaire. Ainsi dans le cadre d'une réflexion sur le contrat, la morale et le droit, Atiyah mentionne que "Holmes, J. used to argue that a contracting party was entitled to break his contract and pay damages in lieu, if he chose".¹⁵⁴

Notre critique comporte deux volets. D'une part, l'on ne saurait accepter sans réserve l'énoncé de Holmes. En d'autres termes, la phrase mentionnée, considérée en elle-même et isolément de son contexte—c'est-à-dire en tant que l'expression lapidaire d'une conception de l'obligation primaire comme obligation facultative ou alternative—fait difficulté tant sur le plan normatif que descriptif. D'un point de vue normatif, outre les contradictions que nous avons déjà soulevées dans le contexte de notre discussion du *efficient breach*,¹⁵⁵ il nous paraît que l'école du *legal realism* fait ici bien peu de cas de la nécessaire autorité, dans l'ordre social comme dans l'ordre juridique, qu'il importe de maintenir à l'institution contractuelle. D'un point de vue descriptif, la phrase de Holmes se révèle incompatible avec diverses doctrines établies du *common law*.¹⁵⁶

¹⁵¹ Voir, principalement, sur la question qui nous intéresse, Holmes, *op. cit.*, note 92, pp. 297-301; et par le même auteur, *The Path of the Law* (1897), 10 Harv. L. Rev. 457, à la p. 462.

¹⁵² Voir, ainsi, Posner, *op. cit.*, note 143, p. 88; Goetz et Scott, *loc. cit.*, note 144, à la p. 558; Linzer, *loc. cit.*, note 143, à la p. 113; Ulen, *loc. cit.*, note 141, aux pp. 342-343.

¹⁵³ Holmes, *loc. cit.*, note 151, à la p. 462.

¹⁵⁴ P.S. Atiyah, *Promises, Morals, and Law* (Clarendon Press, 1981), p. 140, n. 6. (Mot mis en italique par l'auteur). Voir, également, e.g., C. Fried, *Contract as Promise* (Harvard University Press, 1981), p. 117, référant à "Holmes's celebrated dictum that one always has the 'option' to break a contract".

¹⁵⁵ Voir *supra*, au texte accompagnant nn. 145-150.

¹⁵⁶ L'on songe notamment aux théories du *anticipatory breach* et de *specific performance*, ainsi qu'au tort de *interference with contractual relations*. En outre, l'énoncé de Holmes justifie mal l'existence d'une doctrine de *frustration of the contract*.

D'autre part, il nous paraît que si l'on envisage le passage qui nous intéresse dans le contexte plus large de la théorie générale du contrat avancée par Holmes, l'on constate que cet auteur n'a jamais vraiment dit ce qu'on lui prête. Du reste, c'est ce qu'il a lui-même confirmé à plus d'une reprise. Les juristes contemporains semblent curieusement méconnaître cette réalité, dont les implications pour la thèse de l'obligation primaire comme obligation facultative ou alternative sont pourtant des plus sérieuses. Aussi nous attacherons-nous à démontrer ici la véritable pensée de Holmes sur cette question.

Selon Austin—dont l'influence sur la théorie de Holmes a déjà été relevée—,¹⁵⁷ le droit se réduit au commandement (*command*) de l'autorité souveraine. Celui à qui ce commandement s'adresse se voit imposer une obligation juridique (*legal duty*), à laquelle il doit se soumettre sous peine de sanction. La notion de "sanction" est indissociable de celles de "commandement" et d'"obligation juridique".¹⁵⁸

If you cannot or will not harm me in case I comply not with your wish, the expression of your wish is not a command, although you utter your wish in imperative phrase.

Austin insiste que l'existence de cette obligation n'est pas remise en cause par une sanction qui se ferait légère ou qui se révélerait d'application improbable.¹⁵⁹

The truth is, that the magnitude of the eventual evil, and the magnitude of the chance of incurring it, are foreign to the matter in question . . . where there is the smallest chance of incurring the smallest evil, the expression of a wish amounts to a command, and, therefore, imposes a duty.

Aux termes de la théorie de Austin, une fois l'existence de l'obligation juridique établie, la responsabilité civile (*legal liability*) de quiconque y est assujetti ne découle pas automatiquement de sa violation. Plutôt, cette responsabilité ne sera encourue que si le débiteur de l'obli-

De nombreux auteurs ont mis de l'avant l'un ou l'autre aspect de cette question. Voir, ainsi, e.g., Pollock dans Howe, *op. cit.*, note 96, t. I, p. 80 (lettre à Holmes en date du 17 septembre 1897) et t. II, p. 201 (lettre à Holmes en date du 13 juin 1927); F. Pollock, *The Principles of Contract*, (Stevens, 13e éd., P.H. Winfield, 1950), p. 145, n. 61; Buckland, *Contractual Obligation*, *op. cit.*, note 87, aux pp. 247-248; Buckland, *Reflections*, *op. cit.*, note 87, pp. 97-99; Atiyah, *op. cit.*, note 135, pp. 56-57; Fried, *op. cit.*, note 154, pp. 117-118.

¹⁵⁷ Voir *supra*, au texte accompagnant nn. 94-95.

¹⁵⁸ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (Weidenfeld & Nicolson, éd. par H.L.A. Hart, 1954), p. 14, et généralement pp. 13-18 (ce texte est une réédition d'un ouvrage d'abord publié par Austin en 1832 et inséré par la suite dans ses *Lectures on Jurisprudence*, *op. cit.*, note 95). Voir, également, pour une brève présentation en langue française de la théorie de Austin, G. Fassò, *Histoire de la philosophie du droit* (L.G.D.J., 1976), pp. 21-25, et spécialement p. 22.

¹⁵⁹ Austin, *ibid.*, p. 16. Voir, pour une discussion de cette question, Pohlman, *op. cit.*, note 94, pp. 69-70.

gation a fait preuve, en la violant, d'une intention ou d'une inattention illicite (*unlawful intention* ou *unlawful inadvertence*). C'est dire que, pour Austin, le débiteur ne peut être tenu civilement responsable que s'il a eu conscience qu'il violait son obligation ou s'il aurait eu conscience de cette violation eut-il fait montre de l'attention requise.¹⁶⁰ Pohlman écrit ainsi que "Austin . . . narrowed the requirements of legal liability to either actual knowledge or culpable ignorance".¹⁶¹ Il ressort de l'oeuvre de Austin que c'est en fonction de critères objectifs—plutôt qu'à la lumière de la personnalité du débiteur lui-même—que les manifestations d'intention et d'inattention constitutives de responsabilité civile doivent être évaluées.¹⁶²

En 1872, Holmes tire parti d'une série de leçons en philosophie du droit à l'Université de Harvard et d'une chronique bibliographique publiée dans la *American Law Review* pour présenter certaines de ses opinions sur la philosophie austinienne du droit.¹⁶³ Comme le démontre Pohlman, Holmes, loin de vouloir marquer une rupture avec la conception utilitariste du droit, cherchait plutôt à en affiner certains aspects.¹⁶⁴ Ainsi selon Holmes, la définition de l'obligation juridique offerte par Austin est trop large. Il convient de distinguer deux situations susceptibles de confronter un débiteur.

Celui-ci peut d'abord se voir imposer par le droit un certain comportement auquel il lui est toutefois possible de se soustraire moyennant le paiement d'une somme d'argent. Holmes parle d'un "impôt sur la conduite" ("*a tax on a certain course of conduct*").¹⁶⁵ Dans ce cas, l'homme de mauvaise volonté (le "*bad man*") ne se sentant aucune-ment contraint d'adopter le comportement prescrit par l'autorité, il n'y a pas, à vrai dire, d'"obligation juridique".¹⁶⁶ Il est toutefois d'autres situations où le droit ne laisse aucune option au débiteur. Celui-ci est alors contraint à l'obéissance, ce qui, selon Holmes, est la marque d'une

¹⁶⁰ Voir Austin, *op. cit.*, note 95, t. I, *sub* lecture XXV, pp. 469 et 476.

¹⁶¹ Pohlman, *op. cit.*, note 94, p. 41.

¹⁶² *Ibid.*, p. 33.

¹⁶³ Voir O.W. Holmes, Chronique bibliographique sur *The Law Magazine and Review*. New Series, No 3 (Butterworths 1872) (1872), 6 Am. L. Rev. 723, et, pour une réimpression (1930-31), 44 Harv. L. Rev. 788.

¹⁶⁴ Voir, pour un rapprochement de la philosophie de Holmes et de la tradition utilitariste, Pohlman, *op. cit.*, note 94, pp. 16-45 et 72-75. Cet auteur établit notamment un parallèle entre les pensées de Holmes et Austin dans le contexte qui nous intéresse; voir *ibid.*, pp. 31-39.

¹⁶⁵ Holmes, *loc. cit.*, note 163, aux pp. 724 (Am. L. Rev.), 790 (Harv. L. Rev.).

¹⁶⁶ "L'homme de mauvaise volonté" est le prisme à travers lequel Holmes suggère que l'on étudie le droit. Voir, ainsi, Holmes, *op. cit.*, note 92, p. 137; et, pour une discussion en relation avec la conception de l'obligation défendue par Holmes, Pohlman, *op. cit.*, note 94, p. 72.

“obligation juridique” au sens où l’expression doit être proprement entendue:¹⁶⁷

The word [“duty”] imports the existence of an *absolute* wish on the part of the power imposing it to bring about a certain course of conduct, and to prevent the contrary. A legal duty cannot be said to exist if the law intends to allow the person supposed to be subject to it an option at a certain price. *The test of a legal duty is the absolute nature of the command.*

Par ailleurs, ayant cru déceler chez Austin une conception subjective de la responsabilité civile,¹⁶⁸ Holmes entreprend d’évacuer de la matière toute notion de faute individuelle subjective, c’est-à-dire, de faute évaluée en référence à la personnalité du débiteur lui-même. Il s’inspire en cela de deux convictions auxquelles il se réfèrera constamment tout au long de sa carrière, soit l’importance d’une objectivation du droit et la nécessité d’une séparation du droit et de la morale.¹⁶⁹

C’est dans ce contexte que Holmes choisit de s’attaquer, dans son ouvrage de 1881, à la définition du terme “*promise*” offerte à l’article 2 de la *Indian Contract Act* de 1872.¹⁷⁰ D’après Holmes, cette définition de “*promise*” est trop étroite en ce qu’elle n’englobe que les *promises* sur la réalisation desquelles le débiteur est lui-même capable d’exercer un contrôle. Dans la mesure où une telle perception connote l’idée de faute individuelle subjective qu’avait déjà combattue Holmes dans le cadre de la critique qu’il adressait à la théorie de Austin,¹⁷¹ il ne s’agit ici pour lui que de réitérer son attaque. L’on peut toutefois regretter que l’éminent juriste n’ait pas cru bon de rafraîchir la mémoire de ses lecteurs en rappelant ces antécédents. Il est permis de croire qu’une large part de la confusion générée par sa critique de la *Indian Contract Act* aurait ainsi pu être évitée.

Holmes soutient d’emblée qu’un débiteur peut parfaitement s’engager à ce qu’il pleuve le lendemain ou à ce qu’un tiers entreprenne de peindre un portrait. De telles *promises* ne se distinguent d’autres engagements du type “je promets de payer une somme de cent dollars” que

¹⁶⁷ Holmes, *loc. cit.*, note 163, aux pp. 724 (Am. L. Rev.), 790 (Harv. L. Rev.). (Mots mis en italique par nous).

¹⁶⁸ Voir, ainsi, Holmes, *op. cit.*, note 92, pp. 82 et 107. Selon Pohlman, Holmes aurait, sur ce point, mal interprété la pensée de Austin; voir Pohlman, *op. cit.*, note 94, pp. 32 et 187-188; et, pour une démonstration du caractère objectif de la conception austinienne de la responsabilité civile, voir *ibid.*, pp. 32-39.

¹⁶⁹ Ce que Linzer appelle “the amoral approach of Holmes”, *loc. cit.*, note 143, à la p. 139, se voit d’ailleurs parfois exprimée en termes particulièrement incisifs; voir, e.g., Holmes, *loc. cit.*, note 151, à la p. 462.

¹⁷⁰ Voir Holmes, *op. cit.*, note 92, pp. 297-301; et, généralement, Howe, *op. cit.*, note 94, t. II: *The Proving Years 1870-1882* (1963), pp. 234-235. Voir, par ailleurs, sur cet article de la législation indienne, Pollock and Mulla on *Indian Contract and Specific Relief Acts*, (Tripathi, 9e éd., J.L. Kapur, 1972), pp. 19-20.

¹⁷¹ Voir, sur ce point, Howe, *ibid.*, t. II, p. 238.

par le degré de contrôle que le promettant est en mesure d'exercer sur leur réalisation. Si ce contrôle existe dans le cas de la promesse de paiement, il est contestable dans l'exemple du portrait et inexistant dans celui des précipitations. Or, telle absence de contrôle n'enlève rien à la valeur juridique de l'engagement. Aussi, si l'événement annoncé ne se réalise pas, y aura-t-il bel et bien violation du contrat et responsabilité civile contractuelle.

Une fois établie la portée des engagements que le débiteur pouvait contractuellement assumer, il restait à Holmes à préciser s'il s'agissait là d'autant d'"obligations juridiques" (*legal duties*). C'était, encore une fois, l'occasion pour lui d'appliquer les thèses qu'il avait déjà défendues—ce qu'il fit, comme précédemment, sans se référer ouvertement à ses prises de position antérieures. De fait, Holmes ne jugea pas même utile de rappeler, fut-ce des plus brièvement, sa définition restrictive de l'obligation juridique.¹⁷² Vu sa conception de l'obligation juridique, il paraît clair que Holmes ne pouvait que conclure à l'absence de toute obligation juridique d'exécution du contrat.¹⁷³

En effet, le droit du *contract*—pas plus que le droit civil du contrat—n'édicte de commandement absolu qui nierait au débiteur tout choix entre acquiescement et résistance. Certes, le droit impose au débiteur d'exécuter son contrat mais, dans la mesure où il envisage concurremment une option (soit le paiement de dommages-intérêts au cas d'inexécution), il ne lui en fait pas l'obligation juridique au sens où l'entendait Holmes. En d'autres termes, face à l'option offerte par le droit, l'homme de mauvaise volonté (le "*bad man*") ne se sentant pas contraint d'exécuter son contrat, il n'y a pas véritablement "obligation juridique".¹⁷⁴

Deux passages expriment, de façon succincte, cet aboutissement de la réflexion de Holmes. Ainsi, en 1881, il écrit que "[t]he only universal consequence of a legally binding promise is, that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free . . . to break his contract if he chooses".¹⁷⁵

¹⁷² Howe relève la part qu'a joué cette omission dans la confusion doctrinale qui a suivi la réflexion de Holmes à ce sujet; voir *op. cit.*, note 94, t. I, pp. 76-78 et t. II, pp. 236-238.

¹⁷³ Nous dirions: "de toute obligation primaire".

¹⁷⁴ Voir, sur l'ensemble de la théorie de l'obligation juridique défendue par Holmes et son application au droit du *contract*, Pohlman, *op. cit.*, note 94, pp. 70-71.

Comme le souligne Howe (*op. cit.*, note 94, t. II, pp. 238-240), cette conclusion permettait du même coup à Holmes de prendre ses distances du volontarisme alors en vigueur dans les pays européens de droit civil, et qu'il n'approuvait pas: "to state the common-law meaning of promise and contract in this way . . . has the advantage of freeing the subject from the superfluous theory that contract is a qualified subjection of one will to another, a kind of limited slavery"; Holmes, *op. cit.*, note 92, p. 300.

¹⁷⁵ Holmes, *ibid.*, p. 301.

En 1897, Holmes se fait plus concis encore: "[t]he duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it".¹⁷⁶ Ce sont ces phrases qui, isolées du contexte intellectuel dont elles participent nécessairement, ont été constamment montées en épingle. Il nous paraît que, ce faisant, l'on a invariablement trahi la pensée de Holmes.

Premièrement, l'on accorde trop peu d'importance au fait que la théorie de l'éminent juriste visait primordialement à rattacher au droit du *contract* les engagements sur la réalisation desquels le débiteur ne peut faire valoir qu'un contrôle limité ou n'en exerce aucun.¹⁷⁷ Dans la mesure où ce type d'engagement n'est pas la règle,¹⁷⁸ la réflexion de Holmes connaîtrait donc, à la base, une portée sensiblement plus limitée que celle qu'on lui prête généralement.

Deuxièmement, les juristes qui se réfèrent aujourd'hui à Holmes et transplantent la conclusion de sa démonstration (soit l'absence, pour le débiteur, d'obligation juridique d'exécuter le contrat) oublient de relier cette conclusion à la prémisse sur laquelle repose le raisonnement tout entier (soit la définition de l'obligation juridique). Or, il est indéniable que, lorsque Holmes écrivait qu'il n'y a pas d'obligation juridique d'exécuter un contrat, il employait l'expression dans un sens strictement personnel et particulièrement restrictif.¹⁷⁹ Comme on l'a justement fait remarquer, Holmes n'a jamais suggéré, par exemple, qu'un débiteur n'avait pas l'obligation juridique d'exécuter son contrat au sens où Austin employait ces termes.¹⁸⁰

Troisièmement, l'on ne tient pas compte de ce que Holmes lui-même a toujours refusé qu'on le représente comme préconisant une conception de l'obligation primaire facultative ou alternative. Ainsi reprit-il Holland après que ce dernier eût écrit que, selon Holmes, "[t]he promisor undertakes either to perform or to be liable in damages, whichever may be the most convenient for him".¹⁸¹ De même, il corrigea Pollock

¹⁷⁶ Holmes, *loc. cit.*, note 151, à la p. 462.

¹⁷⁷ Voir Holmes, *op. cit.*, note 92, pp. 297-299. Holmes insiste d'ailleurs sur cet aspect de la question dans sa correspondance avec Pollock; voir, ainsi, Howe, *op. cit.*, note 94, t. I, p. 177 (lettre à Pollock en date du 12 mars 1911) et t. II, p. 200 (lettre à Pollock en date du 30 mai 1927).

¹⁷⁸ Voir Howe, *op. cit.*, note 94, t. II, p. 238.

¹⁷⁹ C'est ce que paraît, du reste, révéler une exégèse du passage le plus souvent cité: "[t]he duty to keep a contract at common law means . . .": Holmes, *loc. cit.*, note 151, à la p. 462. (Mots mis en italique par nous). Voir, en outre, *ibid.*, in limine, où l'auteur admet lui-même l'étroitesse de sa conception de l'obligation juridique.

Pohlman souligne que cette définition ne correspond plus guère à celle aujourd'hui prédominante en philosophie du droit; voir *op. cit.*, note 94, pp. 73-75.

¹⁸⁰ Voir Howe, *op. cit.*, note 94, t. II, p. 77.

¹⁸¹ T.E. Holland, *The Elements of Jurisprudence* (Clarendon Press, 4e éd., 1888), pp. 212-213. Ce fait est relaté par Howe, *ibid.*, t. II, p. 234, n. 25.

lorsque celui-ci inséra dans son traité de droit du *contract* un passage dans lequel il faisait dire à Holmes que "every legal promise is really in the alternative to perform or to pay damages".¹⁸² Howe rapporte en outre une lettre de Holmes à Cook, rédigée en 1919, où l'émiment juriste précise sa position on ne peut plus nettement:¹⁸³

Of course it is not the theory of the common law that [a contractor] has an option. I dare say that it might even be proper to describe a breach as illegal.

Somme toute, la pensée originale de Holmes diffère donc notablement du cliché qu'on en offre généralement. Holmes lui-même doit, dans une large mesure, porter le blâme pour cette confusion. Comme on l'a vu,¹⁸⁴ il s'est en effet montré par trop elliptique dans ses démonstrations. Pour cette raison, sa conclusion sur l'absence d'obligation juridique d'exécuter le contrat prête à équivoque. Holmes lui-même a éventuellement reconnu la difficulté. Ainsi dans sa lettre de 1919 à Cook, il écrit:

I agree that in one sense it is not desirable to express the position of a contractor as I expressed it.¹⁸⁵

La carence de toute justification théorique au soutien de la thèse de l'obligation primaire facultative ou alternative et l'inadéquation de la théorie du *efficient breach*—prétendue mise en application de cette thèse même—nous convainquent ainsi que l'on ne saurait voir dans l'obligation primaire qu'une obligation pure et simple. Toute conception "disjonctive"¹⁸⁶ de l'obligation primaire est donc à rejeter fermement.¹⁸⁷

Bien que les discussions doctrinales aient surtout étudié la question sous l'angle contractuel, notre conclusion vaut également en ce qui a trait aux obligations primaires non contractuelles. Dès lors, l'obligation primaire doit être entendue comme faisant naître, chez le débiteur, une *obligation* d'exécuter la prestation envisagée. Corrélativement, elle engendre, chez le créancier, un *droit* à cette exécution.¹⁸⁸ Répétons que ceci se

¹⁸² F. Pollock, *Principles of Contract* (Stevens, 8e éd., 1911), p. 192, n.(k). Voir, pour la réplique de Holmes, Howe, *op. cit.*, note 96, t. II, p. 233 (lettre à Pollock en date du 11 décembre 1928). Le point est relevé par Buckland, *Contractual Obligation*, *op. cit.*, note 87, à la p. 247; Buckland, *Reflections*, *op. cit.*, note 87, p. 97.

¹⁸³ Howe, *op. cit.*, note 94, t. II, p. 237.

¹⁸⁴ Voir *supra*, au texte accompagnant nn. 163-176.

¹⁸⁵ Howe, *op. cit.*, note 94, t. II, p. 237.

¹⁸⁶ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Clarendon Press, 1980), p. 324.

¹⁸⁷ Toute autre conclusion aurait, du reste, difficilement pu se concilier avec la position de la doctrine dominante en matière de clause pénale. Les auteurs refusent, en effet, de considérer l'obligation primaire assortie d'une telle clause comme facultative ou alternative. Voir, *e.g.*, en droit français, Mazeaud et Mazeaud, *op. cit.*, note 9, no 1049, p. 1087; et en droit québécois, Baudouin, *op. cit.*, note 8, no 805, p. 454; mais, voir Tancelin, *op. cit.*, note 9, no 967, p. 500.

¹⁸⁸ Voir Hohfeld, *op. cit.*, note 26, lequel oppose "duty" et "right".

vérifie tant sur le plan contractuel,¹⁸⁹ que dans le domaine non contractuel.¹⁹⁰

L'on ne saurait ainsi, en droit contemporain, faire sa place au Romain qui, dit-on,¹⁹¹ s'amusait à frapper les "hommes libres" sur son passage pour ensuite les indemniser sur-le-champ par l'entremise d'un esclave venant derrière lui verser les ving-cinq as compensatoires prévus par la loi des Douze Tables. Il serait certes naïf de prétendre qu'il ne se trouvera pas des esprits malins et calculateurs pour, tout compte fait, délibérément agir *comme si* leur obligation primaire était effectivement une obligation facultative ou alternative. Ce que nous disons, c'est que de telles démarches ne doivent pas être légitimées par le système juridique.¹⁹²

Conclusion

Le point de vue que nous adoptons soulève deux interrogations, qu'il paraît à propos d'aborder par voie de conclusion vu leur portée générale. Tout d'abord, se pose la question de la relation entre l'obligation primaire et l'obligation secondaire. Dans la mesure où l'obligation primaire doit primer l'obligation secondaire, il nous paraît que le lien entre les deux types d'obligations doit en être un de complémentarité. Encore comprenons-nous cette complémentarité comme agissant à sens unique.

En effet, le respect fidèle de l'obligation primaire—et c'est de loin la situation la plus courante—tiendra en échec l'obligation secondaire. Celle-ci n'a donc que *vocation* à s'appliquer. Ainsi ce n'est que lorsque l'obligation primaire aura failli (c'est-à-dire, n'aura pas été fidèlement exécutée) que l'obligation secondaire prendra le relais pour tenter de recréer la situation qui eut prévalu en l'absence de telle faillite. C'est à travers cette opération de rétablissement que l'obligation secondaire doit

¹⁸⁹ Voir, e.g., Atiyah, *op. cit.*, note 135, p. 57, qui écrit: "[t]here is an obligation to perform a contract". (Mot mis en italique par l'auteur). Voir, également, Fried, *op. cit.*, note 154, pp. 14-17; Finnis, *op. cit.*, note 186, pp. 324-325.

Tous ces auteurs soulignent en outre que cette obligation—et, sans doute, le droit qui en est le corollaire—est non seulement juridique, mais aussi morale. *Adde*: J.L. Mackie, *Ethics* (Penguin, 1977), pp. 110-111.

¹⁹⁰ Voir, e.g., Planiol, *op. cit.*, note 43, p. 232: "[l]a formule la plus générale qui puisse être donnée de l'obligation légale est donc celle-ci: [*n*]e pas nuire à autrui sans droit". (Mots mis en italique par l'auteur); G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* (L.G.D.J., 4e éd., 1949), p. 198, où l'auteur parle du "devoir de ne pas nuire à autrui"; R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile* (L.G.D.J., 2e éd., 1951), t. I, no 6, pp. 8 et 47, où cet auteur traite du "devoir général de ne pas nuire à autrui".

¹⁹¹ Voir *The Attic Nights of Aulus Gellius* (Harvard University Press, 1927; rév. en 1978) (coll. The Loeb Classical Library), t. III, liv. XX, i, 12-13, où l'auteur rapporte une conversation entre le juriste Sextus Caecilius et le philosophe Favorinus—I'anecdote qui nous intéresse étant relatée par ce dernier. Nous tenons à exprimer notre profonde gratitude à M. le professeur B. Rudden qui nous a transmis les éléments de cette référence.

¹⁹² C'est en s'appuyant sur cette notion de légitimité que Corbin fait ressortir la différence entre une alternative et une alternative illicite (*unlawful alternative*); voir Corbin, *op. cit.*, note 98, t. IA, no 182.

pouvoir remplir sa propre mission, soit de redonner, autant que faire se peut, toute sa force à l'obligation primaire. C'est d'abord par cette "résurrection" de l'obligation primaire qu'il est loisible à l'obligation secondaire d'assurer l'indemnisation, au sens véritable du terme, de la partie brimée dans ses droits. D'où le phénomène de complémentarité à sens unique (c'est-à-dire, de l'obligation secondaire à l'obligation primaire) que nous avons souligné entre les deux niveaux d'obligation.

Plus fondamentalement peut-être—bien que le point soit relié—, nos conclusions mettent en cause la position généralement retenue en matière de remèdes par le droit contemporain et endossée par une large partie de la doctrine. En effet, au Québec comme ailleurs, en droit civil comme en *common law*, l'on fait, à tout le moins en pratique, nettement primer l'obligation secondaire qu'est le paiement de dommages-intérêts sur cette autre obligation secondaire qu'est l'ordonnance d'une exécution de l'obligation primaire même.¹⁹³ L'on ne saurait, dès lors, trouver champ plus fertile que celui des remèdes juridiques pour jauger l'intérêt de la nouvelle classification fondamentale que nous proposons—celle selon la nature de l'obligation. Aussi importe-t-il que l'impact que doit avoir, sur ce plan, une reconnaissance de la prééminence de l'obligation primaire, se traduisant par une obligation secondaire visant l'exécution de la prestation envisagée et un droit corrélatif à cette exécution même, fasse l'objet d'un examen détaillé.¹⁹⁴ L'intérêt soulevé par la matière des "remèdes" se voit, du reste, accentué si l'on comprend le terme dans une acception plus large que celle traditionnellement retenue, telle acception ayant notamment l'heur de mettre en relief l'interventionnisme du juge.¹⁹⁵ Outre leur rôle-clef (trop souvent méconnu) au sein d'une théorie de l'obligation juridique, les remèdes témoignent d'une importance naturellement incontestable en pratique. Et tout est lié, puisqu'aucune pratique n'est exempte d'engagement théorique.¹⁹⁶

¹⁹³ Voir, ainsi, R. Jukier, *The Emergence of Specific Performance as a Major Remedy in Quebec Law* (1987), 47 R. du B. 47, à la p. 51: "the dominant judicial attitude in Quebec has been to make damages the primary remedy and to ascribe to specific performance [a] restrictive ambit". Cette position se verrait, du reste, généralisée; voir ainsi, Viney, *op. cit.*, note 9, t. V, no 56, p. 78, où cet auteur écrit: "[a]ctuellement, dans la quasi-totalité des systèmes juridiques, on constate que la condamnation à des dommages et intérêts est la conséquence de beaucoup la plus courante de l'affirmation d'une responsabilité civile." Un examen de l'obligation pécuniaire—lequel dépasse le cadre de l'étude qui nous occupe—modifierait possiblement cette conclusion.

¹⁹⁴ À cet égard, Jukier observe une évolution du droit civil du Québec vers la reconnaissance d'un rôle plus important pour l'exécution en nature; voir *loc. cit.*, note 193, aux pp. 64-72. Voir, en ce sens, en France, Viney, *op. cit.*, note 9, t. V, nos 14-55, pp. 22-77.

¹⁹⁵ Voir, en ce sens, P.S. Atiyah, *Essays on Contract* (Clarendon Press, 1986), p. 77.

¹⁹⁶ Voir Atias, *op. cit.*, note 27, no 43, p. 166. *Addé*: H. Motulsky, *Mission pratique de la philosophie du droit*, dans *Archives de philosophie du droit*, La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique (Sirey, 1952), pp. 175-180.

Cette étude précisément dévolue aux remèdes ne doit pas faire oublier que tel exercice d'application gagnerait, par ailleurs, à être étendu à d'autres facettes du droit des obligations sans que l'on risque pour autant de tourner notre théorie en spicilège.¹⁹⁷ L'on songe, par exemple, qu'il y aurait lieu d'explorer plus avant la structure du domaine du non-contrat. La taxinomie ainsi présentée insisterait notamment sur l'interrelation entre les différents types d'obligations non contractuelles ainsi que leur intégration à l'ensemble. Pour l'instant, il convient toutefois de laisser à Rousseau le mot de la fin: "[t]outes mes idées se tiennent, mais je ne saurais les exposer toutes à la fois".¹⁹⁸

¹⁹⁷ Nous paraphrasons Lehuërou, dont la mise en garde était reprise à son compte par Holmes; voir Lehuërou, cité dans Holmes, *op. cit.*, note 92, p. iv.

Outre le nom de l'auteur, Holmes ne donne aucune indication de la source de ce passage. Si celle-ci nous demeure inconnue, du moins paraît-il vraisemblable que la citation en question soit redevable à l'historien français Julien-Marie Le Huërou (ou Lehuërou—les deux formes sont employées). Celui-ci, né en 1807 et décédé (de sa main) en 1843, fut notamment l'auteur d'une Histoire des institutions mérovingiennes (Joubert, 1842), et d'une Histoire des institutions carolingiennes (Joubert, 1843). De plus, après sa mort, parut une Histoire de la constitution anglaise (Forest et Grimard, 1863).

¹⁹⁸ Rousseau, *Du contrat social* (1762), liv. II, c. 5.