



<http://www.jtl.lu>

Marc THEWES, rédacteur en chef

SOMMAIRE

- De la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat : pile ou face?, par M. Pierrat 61
- Le point sur... :
Les formalités de l'introduction d'un pourvoi en cassation, par P. Kinsch 68
- Droit constitutionnel - Égalité devant la loi - Différenciation législative entre filiation légitime et filiation naturelle en matière de délai de contestation de la filiation - Discrimination (oui) - Alignement obligatoire du délai sur le délai le plus long fixé par le législateur - Souci de vérité biologique. (Cour constitutionnelle, 25 mars 2011, observations de F. Hilger) 71
- Domicile légal - Notion autonome en matière de prestations familiales (non) - Définition du Code civil - Droit commun (oui) - Fixation - Prise en compte de circonstances particulières - Domicile légal - Déclaration - Fixation à un endroit soustrait à l'habitation par la réglementation communale - Pouvoir de contrôle et de vérification de la commune (oui) - Action en justice - Capacité pour agir - Moyen d'ordre public (oui) - Appel interjeté par une commune - Autorisation du conseil communal (non). (Cour de cassation, 25 juin 2009) (Cour administrative, 19 mai 2009, note) 72
- Chose jugée - Identité d'objet - Risque de contredire un jugement antérieur en affirmant un droit nié ou en niant un droit affirmé - Difficulté d'exécution - Refus d'exécution d'un jugement coulé en force de chose jugée - Demande tendant à se voir autoriser à procéder soi-même aux travaux requis. (Cour de cassation, 18 mars 2010) ... 76
- Adoption - Adoption simple - Conditions - Justes motifs - Avantage successoral et fiscal (oui) - Adoption - Adoption simple - Effets - Nom de l'adopté - Article 359 nouveau du Code civil - Attribution automatique du nom de l'adoptant - Ingérence injustifiée dans la vie privée et familiale de l'adopté - Contrariété à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (oui). (Cour d'appel, 1^{re} ch., 3 mars 2010) .. 77
- Référé - Appel - Conditions (article 932, alinéa 1^{er}, N.C.P.C.) - Existence d'un différend (oui) - Urgence (oui) - Devoir de la cour d'appel de vérifier le bien-fondé des mesures ordonnées. (Cour d'appel, réf., 17 mars 2010, note) 78
- Délits de presse - Conciliation nécessaire entre la liberté d'expression et le droit des personnes visées de ne pas être victimes de discrimination et leur droit à la réputation. (Cour d'appel, 10^e ch., 9 mars 2011, note) 79
- Chronique judiciaire :
Curiosa - Échos.

DOCTRINE

De la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat : pile ou face ?

L N'EST PAS CERTAIN que Demogue, qui a défendu la toute-puissance de la loi contre les assauts de ses interprètes et de leurs « théories générales » ou autres « constructions juridiques » — nécessairement moins objectives, selon lui, que la loi — ait prédit le sort qui allait être fait à la distinction, « sa » distinction, entre obligations de moyens et de résultat, pur produit de l'imagination scientifique de la doctrine. Près de cent ans après, le succès de cette construction auprès des juges ne semble pourtant pas devoir se démentir. Avec plus ou moins de bonheur. Car si elle a le mérite apparent de la simplicité, la distinction est, en fait, compliquée à mettre en œuvre et les décisions prises en la matière sont parfois inattendues. Mais faute d'alternative, il est peut-être une chose que l'on peut prédire, c'est que la distinction ne disparaîtra pas de sitôt des cours de droit civil et que les praticiens pourront savourer encore longtemps le plaisir de tenter de lui faire dire tout... et son contraire.

1. Certes, tout ou presque a déjà été dit, et depuis bien longtemps, sur le sujet.

Mais il faut reconnaître, à l'instar de Philippe Le Tourneau, que « loin de la simplicité originelle d'une opposition franche des obligations de moyens et de résultat, les nécessaires degrés aménagés par les juges et le législateur dans les deux types sont devenus si subtils qu'ils évoquent plus l'image d'un maquis corse que d'un jardin à la française »¹. Et il n'est peut-être pas inutile, ne serait-ce que pour finir par admettre qu'elle est insoluble², de se pencher une fois de plus sur la question.

Rappelons d'abord brièvement l'origine et les modalités de mise en œuvre de la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat.

Celle-ci est née de l'observation de la dichotomie constatée, dans le Code civil, entre les articles 1137 et 1147.

Selon l'article 1137, « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la conven-

tion n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

» Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent ».

Quant à l'article 1147, il dispose que « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard de l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

Proposée dans les années 1920 par Demogue, dans son *Traité des obligations*, reprise par Henri et Léon Mazeaud³, la distinction est, depuis lors, consacrée par la jurisprudence avec un succès qui ne semble pas se démentir.

(1) *Juris. cl. civil*, articles 1136 à 1145, fasc. 20, n° 44.

(2) Et de se résoudre à l'idée qu'une même obligation peut indifféremment, selon l'air du temps ou tout autre facteur, de préférence indéterminé, être qualifiée d'obligation de moyens ou de résultat, un peu comme si la question était tranchée à pile ou face.

(3) *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Montchrestien, 6^e éd. 1965, t. I, n° 103-10.

1

Critères de la distinction

2. La doctrine⁴ a tenté de dégager une série de critères, nombreux et parfois nébuleux, devant permettre de classer les obligations contractuelles dans l'une ou l'autre des deux catégories. Par exemple, celui de « l'aléa », celui de « la participation active ou non du créancier à l'exécution de l'obligation », celui de « l'acceptation des risques », celui de « la situation personnelle des parties », de « l'analyse du droit de la victime », ou encore du caractère plus ou moins « déterminé » de l'obligation. Mais cette même doctrine reconnaît qu'« un rapide panorama doctrinal et jurisprudentiel révèle que ces critères sont aussi variés qu'incertains, ce qui en rend la mise en œuvre délicate »⁵.

Malgré la difficulté de l'entreprise, Le Tourneau⁶ s'est essayé à classer, en deux groupes, les critères dégagés par la doctrine et la jurisprudence, dans le silence du contrat et de la loi, selon qu'ils sont fondés sur l'analyse de la situation des parties ou du contenu de l'obligation. Ces critères sont supposés aider à distinguer aisément entre les deux types d'obligations, en l'absence d'expression par les parties de leur intention commune à cet égard.

1.1. Les critères subjectifs

3. Demogue opposait les professions libérales aux métiers. Selon lui, « le professionnel qui a une profession libérale, c'est-à-dire exigeant une indépendance dans l'exécution, comme le médecin, l'avocat, n'a à sa charge qu'une obligation de moyens. Le métier, qui va du manœuvre jusqu'au plus haut degré, jusqu'à l'architecte,

(4) J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, L.G.D.J. 2001, n° 23.

(5) Selon Bellissent, *op. cit.* : « Il semble vain de tenter encore de rechercher un critère unique et systématique de répartition entre les deux grandes catégories que présente la classification mise à jour en 1925. Les raisons qui conduisent les juges à préférer une catégorie par rapport à l'autre ne semblent pas pouvoir faire l'objet d'un regroupement au sein d'un "critère global", ni même faire l'objet d'une présentation ordonnée et exhaustive. Il semble même que la doctrine a de longtemps définitivement renoncé à se lancer dans une telle entreprise sans doute vouée à l'échec. Pour n'évoquer que le dernier critère dégagé par M. Frossard dans sa thèse, en 1962, celui-ci proposait de considérer que "chaque fois qu'une personne promet d'exécuter une 'prestation déterminée', aux contours juridiques et matériels précis, elle supporte une obligation de résultat. Au contraire, si le débiteur, sans garantir le but à atteindre, se réserve une liberté plus ou moins grande d'action, sa 'prestation' est 'indéterminée', et il n'est soumis qu'aux règles relatives aux obligations de moyens". Certes, le critère est sans doute pertinent en ce qu'il permet théoriquement de classer. Néanmoins, outre que l'énoncé d'un tel critère ressemble étrangement au principe même de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, en même temps qu'il ne fait rien d'autre que d'appliquer le principe de base de la règle de l'article 1147 du Code civil inspiré de la règle *pacta sunt servanda*, c'est encore, en fait, la volonté des parties, qu'il désigne comme base de la détermination du caractère "moyens" ou "résultat" des obligations. Or toute la difficulté que présente l'évaluation du contenu des obligations et la responsabilité qui découle de leur inexécution réside, précisément, dans l'insuffisance chronique des dispositions expresses des parties relativement à l'étendue de leurs obligations respectives ».

(6) *Juris. cl. civil*, précité.

te, comporte d'ordinaire une obligation de résultat. Car le résultat peut être atteint presque sûrement avec une technique appropriée »⁷.

Selon Le Tourneau, ce critère, inopportun à plus d'un titre, a au moins le mérite de mettre en lumière la sévérité envers les professionnels, sévérité qui semble s'être confirmée au fil du temps.

4. Starck, pour sa part, s'est intéressé à la situation du créancier de l'obligation et a posé un critère, non suivi par la jurisprudence, qualifié, à juste titre, d'arbitraire par Le Tourneau. « Pour Boris Starck, si le contrat intéresse l'intégrité corporelle et la vie du créancier, ou l'intégrité matérielle de ses biens, l'obligation du débiteur est une obligation de résultat, tandis que les obligations destinées à éviter un dommage de nature purement économique et morale, indépendante de toute atteinte corporelle ou matérielle, sont des obligations de moyens »⁸.

1.2. Les critères objectifs

5. Leur mise en œuvre implique une analyse du contenu de l'obligation. Nous avons déjà cité le critère du caractère plus ou moins déterminé de l'obligation, suggéré par Frossard⁹. La proposition n'est pas d'un secours pratique considérable.

Restent deux critères importants : l'aléa et le rôle de la victime. « La proposition doctrinale de l'aléa n'explique pas toute la jurisprudence; il faut lui adjoindre un complément : le rôle de la victime. À eux deux, ils imprègnent la jurisprudence, mais celle-ci ne facilite pas le rôle de l'interprète car, le plus souvent, les décisions retiennent une qualification sans la justifier »¹⁰.

1.2.1. L'aléa

6. L'absence d'aléa permet de qualifier l'obligation comme étant de résultat. « Le résultat promisi apparaît comme suffisamment certain pour constituer l'objet même de l'obligation, de sorte que la non-obtention du résultat permet de présumer la responsabilité du débiteur. L'obligation est de résultat dans la mesure où elle n'est pas aléatoire. (...) Et pour qu'il en soit ainsi, le débiteur doit avoir la maîtrise des choses utilisées dans l'exécution du contrat, des événements qui surviennent ou des personnes dont il s'est chargé »¹¹.

En présence d'aléa, il y a obligation de moyens.

C'est le cas « s'il n'est pas anormal qu'une diligence appropriée n'aboutisse pas au résultat recherché »¹².

Mais le critère, malgré la fascination qu'il semble parfois exercer sur les juridictions, est relatif. D'abord, parce qu'il peut être écarté par la volonté des parties. Ensuite, parce qu'il n'est pas le seul. Enfin, parce qu'il est peu précis et qu'il ne s'applique pas toujours commodément.

Ses modalités incertaines d'utilisation n'en font donc pas (ou ne devraient pas en faire) le critère incontournable de la distinction.

(7) Cité par LE TOURNEAU, *Juris. cl. civil*, précité, n° 67.

(8) Cité par LE TOURNEAU, *Juris. cl. civil*, précité, n° 69.

(9) *Op. cit.*, note 5.

(10) *Juris. cl. civil*, précité, n° 71.

(11) *Juris. cl. civil*, précité, n° 72.

(12) *Juris. cl. civil*, précité, n° 74.

1.2.2. Le rôle de la victime

7. Le rôle de la victime intervient également dans la qualification de l'obligation. « Lorsque le créancier reste grandement maître de ses mouvements, de ses actes, garde un rôle actif, conserve son indépendance dans l'action et la maîtrise des choses qu'il utilise, le débiteur ne serait tenu que d'une obligation de moyens, car l'inexécution résultera le plus souvent de son propre comportement [...] ».

« À l'inverse, la victime se confie-t-elle à son cocontractant en abandonnant presque tout libre arbitre et la plus grande partie de son autonomie qu'il y aurait obligation de résultat, comme il en est lorsque le voyageur s'en remet à un transporteur. Le créancier est passif, l'obligation est de résultat »¹³.

« À bien considérer ce critère de l'attitude du créancier, augmenté de la notion d'appoint de l'acceptation des risques, il apparaît finalement qu'il est un doublet du critère fondé sur la prise en considération du caractère obligatoire¹⁴ de l'obligation. En effet, la participation active du créancier est créatrice d'un aléa pour le débiteur, puisque le but visé ne dépend pas seulement de son attitude, mais d'autres facteurs qui sont indépendants de lui »¹⁵.

2

Appréciation de la distinction

8. La distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat est, on aura compris pourquoi, assez sévèrement critiquée par la doctrine qui, bien qu'elle l'ait, dans son ensemble, adoptée pour son utilité, la juge déformante, appauvrissante, incomplète.

La distinction serait déformante parce que toute obligation de moyens vise à l'obtention d'un résultat et parce que toute obligation de résultat suppose la mise en œuvre de moyens.

La distinction serait également appauvrissante pour vouloir réduire à deux catégories la diversité des obligations que l'on rencontre dans les contrats. Or, alors que l'obligation de moyens est susceptible de nombreux degrés, il y aurait également plusieurs catégories d'obligations de résultat.

La distinction serait également incomplète, puisque ne tenant pas compte de l'obligation de garantie. Il n'en reste pas moins, ainsi que l'expose Mme Viney, que « en dépit des critiques qui lui sont adressées, la doctrine est aujourd'hui unanime à admettre le principe de la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat à laquelle elle attribue au moins une valeur pédagogique et suggestive »¹⁶.

S'agissant de la position de la jurisprudence, elle explique : « Les tribunaux ont assez rapidement fait bon accueil à la distinction entre les

(13) *Juris. cl. civil*, précité, n° 80.

(14) *Sic.* L'auteur voulait probablement écrire « aléatoire ».

(15) *Juris. cl. civil*, précité, n° 84.

(16) VINEY et JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., 3^e éd., 2006, n° 528, p. 512.

obligations de moyens et les obligations de résultat ». Elle note toutefois qu'ils « n'ont pas consacré une séparation radicale entre les deux catégories d'obligations dont l'opposition est conçue de façon nuancée »¹⁷.

9. Ceci dit, la remise en question de la distinction pourrait bien être plus forte que ce que le consensus apparent laisse entendre.

D'abord en raison de ce que l'on a appelé le « réalisme » de la jurisprudence, caractérisé par une certaine « indifférence conceptuelle » et qui conduit les tribunaux « à tenter de rejoindre, très pragmatiquement, les données de fait »¹⁸. Cela amène la doctrine, un peu injustement, à reprocher à la jurisprudence, de « démultiplier les deux concepts de départ et à enchevêtrer le tout »¹⁹.

Ensuite parce que le concept même de responsabilité contractuelle fait l'objet d'attaques de plus en plus virulentes de la part de la doctrine. Nous y reviendrons plus loin.

3

Quelques exemples de mise en œuvre de la distinction par les tribunaux et le législateur luxembourgeois

10. La façon dont cette belle théorie est mise en pratique par les juridictions luxembourgeoises est, pour le coup, assez aléatoire...

Il suffira, pour s'en convaincre, d'examiner brièvement comment sont qualifiées les obligations découlant de deux catégories de contrat, le contrat de construction, d'une part, le contrat de dépôt, d'autre part.

Nous verrons encore que, de façon assez surprenante, la distinction trouve désormais une place dans le domaine extracontractuel avec l'apparition de l'obligation extracontractuelle de moyens ou de résultat.

3.1. L'obligation du constructeur au titre de la garantie décennale

3.1.1. Le contrat de construction en général : les hésitations de la jurisprudence

11. Il faut d'abord rappeler qu'en matière de contrat de construction, les règles de la garantie décennale, posées par l'article 1792 du Code civil, ont vocation à s'appliquer uniquement, et dans leurs rapports avec celui-ci, à ceux des constructeurs qui ont directement contracté

avec le maître de l'ouvrage. Pour ceux qui ont loué leur ouvrage à un autre que le maître de l'ouvrage, par exemple un sous-traitant à l'entrepreneur général, il y a lieu à application des règles du droit commun de la responsabilité contractuelle en matière de louage d'ouvrage.

12. Comme le relevait déjà Marc Elvinger²⁰, la nature de la responsabilité des constructeurs, qu'elle relève du droit commun ou de la garantie décennale, est, dans la jurisprudence luxembourgeoise, pour le moins incertaine.

Dans un jugement rendu le 23 décembre 1986, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg est allé jusqu'à poser en principe qu'en matière de garantie décennale, à tout le moins pour ceux ayant, en qualité de technicien, conçu, dirigé ou exécuté des travaux relatifs à un immeuble, l'obligation s'analyse en principe en une obligation de moyens : « Cette solution s'impose d'autant plus lorsque, comme en l'espèce, l'ouvrage doit être le fruit de la collaboration de parties à des contrats distincts et parallèles, l'aléa de l'insuffisance éventuelle d'un tiers constituant toujours un empêchement à la définition d'une obligation de résultat dans le chef d'un seul des constructeurs (...). Pour pouvoir engager la responsabilité de l'architecte, le syndicat devra établir une faute de (sa part) en relation causale avec un dommage... »²¹.

Mais en 1990, la Cour de cassation saisie d'une affaire dans laquelle un maître d'ouvrage avait mis en cause la responsabilité d'un sous-traitant lié à l'entrepreneur principal, a exclu qu'il puisse le faire sur la base de la responsabilité contractuelle, faute de contrat entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant, et, à l'inverse, presque au titre d'un *obiter dictum*, qualifié l'obligation d'exécuter des travaux exempts de vices au titre de la responsabilité contractuelle de droit commun d'obligation de résultat²².

13. On pouvait s'attendre à ce que la solution se généralise en matière de garantie décennale et biennale, dont la jurisprudence française admet, à quelques nuances près, qu'elle est de résultat²³. Quoi de plus normal au fond dès lors que l'article 1792 du Code civil semble poser une obligation de garantie par laquelle « le débiteur garantit en tout état de cause le résultat promis (et) fait son affaire des causes étrangères »²⁴.

Mais ce n'est pas pour autant que les juridictions étrangères, notamment belges et françaises, appliquent à la lettre ce théorème. En Belgique, quelles que soient les personnes concernées (en ce compris les constructeurs eux-mêmes), la jurisprudence est en ce sens que la

responsabilité décennale est une responsabilité pour faute prouvée²⁵. Même en France, où le législateur de 1978 a, en la matière, posé le principe d'une présomption de responsabilité, la situation est nuancée. Pour ce qui est par exemple du cas du contrôleur technique, que nous examinerons plus en détail ci-après, il a fait glisser le système de présomption de responsabilité applicable aux constructeurs en général vers un système de présomption de faute en l'exonérant dans certaines hypothèses²⁶.

Au Luxembourg en revanche et peut-être sous l'impulsion de cet arrêt de la Cour de cassation de 1990, la qualification d'obligation de résultat en matière de garantie décennale semble se systématiser, et ce, quel que soit le « constructeur » concerné.

3.1.2. Une affirmation de plus en plus fréquente de l'obligation de résultat : le cas des architectes et contrôleurs techniques

14. Pour ce qui est de l'obligation de surveillance de l'architecte, par exemple, la cour d'appel, dans un arrêt rendu en 1996, a décidé que dans la mesure où la loi ne fait aucune différence entre les différentes personnes liées contractuellement au maître de l'ouvrage en ce qui concerne la nature de leur responsabilité, elle pouvait la qualifier d'obligation de résultat en raison de ce que « Le maître de l'ouvrage doit s'attendre à ce que chaque partie à laquelle incombe une mission bien particulière, l'exécute et lui fournisse le résultat auquel il peut s'attendre, aucun aléa n'existant dans la réalisation de ces missions, sauf cas exceptionnel non invoqué en l'espèce »²⁷.

Il ne ressort pas de cette décision que de quelconques investigations aient été faites pour effectivement déterminer, dans cette mission de surveillance de l'architecte, l'existence ou l'inexistence d'un aléa.

15. La jurisprudence a évolué vers une situation identique pour ce qui concerne le contrôleur technique²⁸.

Cette question de la qualification de l'obligation du contrôleur technique est allée jusqu'à la Cour de cassation. L'arrêt²⁹ rendu tout récemment par cette dernière n'a pas malheureusement pas totalement éclairci les choses.

16. Le contrôleur technique, dans cette affaire, avait d'abord fait valoir qu'il n'y avait pas lieu de le ranger parmi les personnes tenues à la garantie décennale et que la question de sa responsabilité éventuelle devait être examinée sur base de la responsabilité contractuelle de droit commun³⁰ (sur laquelle était d'ailleurs basée la

(17) Les conditions de la responsabilité précitée, n° 529.

(18) *Juris. cl. civil*, précité, n° 52.

(19) « La relativité de la distinction, poussée à l'extrême, conduit à son inanité. Le succès de la théorie, si éclatant qu'avocats et magistrats y voient un passage obligé (qu'il convient de forcer en cas de besoin mais qu'ils n'osent pas contourner), a conduit à un excès de subtilité. Or celle-ci vide la distinction de son principal intérêt. Si le mérite de la classification est « sa simplicité », une fois dévêtue de celle-ci, elle se trouve nue et inutile » (*Juris. cl. civil*, précité, n° 52).

(20) La responsabilité civile des constructeurs dans les législations et jurisprudences luxembourgeoises, *Pas.*, 28, pp. 427 et s.

(21) Jugement n° 622/86; dans le même sens, Luxembourg, 17 mai 1990, LJUS 99013650. Mais les juridictions n'étaient pas unanimes et bon nombre de décisions, en sens contraire, faisaient de la garantie décennale une obligation de résultat.

(22) « L'obligation de résultat d'exécuter des travaux exempts de vices, à laquelle le sous-traitant est tenu vis-à-vis de l'entrepreneur principal, a pour seul fondement les rapports contractuels et personnels existant entre eux et ne peut être invoquée par le maître de l'ouvrage qui est étranger à la convention de sous-traitance »; Cass., 11 janvier 1990, LJUS 99013497. Cette solution n'est pas toujours suivie en matière de responsabilité contractuelle de droit commun.

(23) *Juris. cl. civil*, précité, n° 27.

(24) *Juris. cl. civil*, précité, n° 45 et s.

(25) FLAMME et FLAMME, *Le contrat d'entreprise - Chronique de jurisprudence 1990-2000*, Larcier 2001, n° 389 et s.

(26) *Cfr* C. FEUCHER, « Les contrôleurs techniques, le mythe et la raison », *Rev. dr. imm.*, 1999, pp. 343 et s., spécialement p. 355.

(27) Cour d'appel, 7 février 1996, rôle n° 16520, p. 6.

(28) *Cfr* M. ELVINGER et M. PIERRAT, « La responsabilité des organismes de contrôle technique au Grand-Duché de Luxembourg », *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec 2007, pp. 187 et et s.

(29) Cass., 27 mai 2010, n° 39/10.

(30) Dans une affaire récemment jugée sur la base de la responsabilité contractuelle de droit commun du contrôleur

demande de la partie requérante puisqu'aucune réception n'avait été opérée).

Mais tant le tribunal d'arrondissement³¹, dans un jugement rendu en 2006, que la cour d'appel³², dans un arrêt de 2009, estimant que le bureau de contrôle entrait dans le champ d'application de l'article 1792 du Code civil, ont choisi d'examiner la question de son éventuelle responsabilité au regard des règles de la garantie décennale.

17. Le contrôleur avait par ailleurs fait valoir que s'il fallait considérer qu'il entrait dans le champ d'application de l'article 1792 du Code civil, il fallait également constater, d'une part, qu'il n'avait jamais été dans l'intention des parties de le soumettre à une obligation de résultat (une clause de ses conditions générales qualifiait expressément son obligation d'obligation de moyens), d'autre part, que la façon dont la mission du contrôleur technique est par définition exécutée (présence seulement ponctuelle et très intermittente sur le chantier) implique nécessairement l'existence d'un aléa (par rapport à l'objectif de minimiser les défauts de construction) et l'impossibilité pour le contrôleur de parer à et de prévenir tous les dommages susceptibles de survenir.

Se basant sur les jurisprudences belge et française, qui font de son obligation une obligation de moyens, le contrôleur technique avait argué que responsabilité décennale ne signifie pas nécessairement obligation de résultat et longuement expliqué les raisons pour lesquelles il estimait que sa responsabilité ne pouvait être engagée qu'en cas de faute prouvée.

18. Dans le pourvoi en cassation formé à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel qui ne s'était pas rangé à ses arguments, le contrôleur technique a fait reproche aux juges du fond de n'avoir pas répondu à ses conclusions selon lesquelles il n'y a aucun lien nécessaire entre garantie décennale et obligation de résultat.

La Cour de cassation, suivant en cela les conclusions de l'avocat général, qui avait estimé que le lien entre garantie décennale et obligation de résultat n'existait pas et n'avait pas été fait par les juges du fond, a considéré que ces derniers avaient répondu de manière implicite à ce moyen en se fondant sur l'ampleur de la mission du contrôleur pour qualifier son obligation d'obligation de résultat.

leur technique, le tribunal de Luxembourg avait décidé qu'il n'était tenu que d'une obligation de moyens : « Quant à l'ingénieur-conseil, ses obligations dépendent du contenu de la convention qui le lie au maître de l'ouvrage et de l'étendue de sa mission. Si l'ingénieur-conseil est chargé d'une mission déterminée et qu'il n'a pas un devoir de conseil et de surveillance, il ne saurait répondre des fautes commises par d'autres intervenants sur le chantier (...). Dans ce cas il est tenu d'une obligation de résultat uniquement par rapport à l'ouvrage qu'il a réalisé par analogie avec l'entrepreneur. Par contre l'ingénieur-conseil qui a pour mission de contribuer à la prévention des différents aléas techniques susceptibles de se rencontrer dans la réalisation de l'ouvrage et de diminuer ainsi les risques de désordres, doit voir sa responsabilité s'étendre à l'ensemble de l'ouvrage. Dans ce cas, sa responsabilité doit s'apprécier de la même façon que celle de l'architecte. L'ingénieur-conseil est tenu à une obligation de moyens », Trib. arr., n° 4/2005, 5 janvier 2005.

(31) Trib. arr., n° 239/06, 10 novembre 2006.

(32) Arrêt du 25 mars 2009, rôles n°s 32281, 32413, 33226 et 33266.

19. Et sur le moyen du contrôleur technique visant à critiquer cette qualification, elle a décidé que, « eu égard à l'importance de cette question [celle de l'étanchéité de l'immeuble litigieux, qui n'était d'ailleurs pas la seule en cause] et de l'information communiquée au contrôleur technique », les juges du fond avaient pu qualifier cette obligation d'obligation de résultat.

On peut donc déduire de l'arrêt de la Cour de cassation que l'article 1792 du Code civil ne doit pas être compris en ce sens qu'il instaure, de manière générale et abstraite, une obligation de résultat à charge des personnes qu'il vise mais que la qualification de l'obligation de ces personnes, et la responsabilité découlant de l'inexécution de cette obligation, doit être examinée de manière concrète en tenant compte des circonstances de la cause, cette qualification étant laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

20. Or, dès lors qu'il y a lieu de procéder à un examen concret des circonstances de la cause, on est en droit de supposer que les critères classiques de distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat doivent trouver naturellement à s'appliquer. Et il faut rappeler « le caractère subsidiaire des critères fondés sur l'aléa et la participation plus ou moins active du créancier dans l'exécution de l'obligation. En effet, ces critères n'entrent en ligne de compte qu'à défaut d'autres circonstances permettant de découvrir la volonté des parties. Ils ne constituent, dans cette optique, que des indices permettant de scruter la volonté implicite des parties. Mais il est tout à fait loisible à celles-ci de stipuler expressément que les obligations assumées respectivement sont de résultat ou de moyens »³³.

Dans cette affaire, et à supposer que l'article 1792 du Code civil ne fasse pas, par principe, de l'obligation des constructeurs, comme l'avait souligné l'avocat général, une obligation de résultat, la primauté de la volonté des parties, en présence d'une clause telle que celle figurant aux conditions générales³⁴ du contrôleur technique, aurait dû conduire à décider qu'elle était effectivement assujettie à une obligation de moyens et que sa responsabilité ne pouvait être engagée qu'en cas de faute avérée.

(33) G. RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 2^e éd., n° 476; cf également LE TOURNEAU, *Juris. cl. civil*, articles 1136 à 1145, fasc. 20, n° 65.

(34) La cour d'appel, considérant vraisemblablement l'article 1792 du Code civil comme posant par principe une obligation de résultat, avait écarté la clause litigieuse en ces termes :

« C'est à juste titre et pour une motivation exhaustive à laquelle il est expressément renvoyé que le tribunal a rappelé la jurisprudence de la Cour du 26 mars 2003 suivant laquelle le contrôleur technique, dont le rôle consiste dans le contrôle et la réception des gros et menus ouvrages, comprenant notamment l'étanchéité des ouvrages, est soumis, au même titre que d'autres intervenants sur le chantier, à une obligation de garantie édictée par les articles 1792 et 2270 du Code civil. »

« Il est vrai qu'aux termes du contrat intitulé "convention de contrôle technique", S. a fait préciser en l'espèce qu'elle n'agissait qu'en qualité de prestataire de service assujetti à une obligation de moyens.

» Toutefois, au vu de l'ampleur de sa mission telle que définie au contrat, cette clause est sans effet, la garantie découlant des articles 1792 et 2270 du Code civil étant d'ordre public » (arrêt du 25 mars 2009, pp. 11 et 12).

Car de deux choses l'une : soit l'obligation est de résultat parce que l'article 1792 du Code civil pose « par principe » une obligation de résultat, auquel cas les juges auraient dû s'en expliquer, fût-ce brièvement, soit elle ne l'est pas « par principe », auquel cas les règles classiques de qualification, par l'utilisation des critères habituels de distinction, reprennent leur empire.

Le fait que la garantie découlant des articles 1792 et 2270 du Code civil soit d'ordre public, comme l'a souligné la cour d'appel, ne signifie pas nécessairement que l'obligation des constructeurs soit de résultat et qu'une clause de ses conditions générales ne puisse aménager son régime. Ordre public et obligation de résultat ne sont pas synonymes. La Cour de cassation, manifestement, ne l'a pas vu ainsi.

Ces tâtonnements, en réalité, conduisent à observer que les critères de distinction savamment mis en place par la doctrine sont appliqués de façon pour le moins imprévisible par les juridictions luxembourgeoises : volonté des parties ignorée, aléa décrété, nouveaux critères — ampleur de la mission, importance de la question — forgés... et qu'il devient relativement compliqué de prévoir à quelle sauce le contractant dit défaillant va être mangé.

La situation n'est pas beaucoup plus claire, par exemple, pour la qualification de l'obligation du dépositaire.

3.2. Le contrat de dépôt

21. Nous n'examinerons, après un bref détour par son obligation de restitution, que l'obligation de conservation du dépositaire, banquier ou non, et ferons abstraction des obligations du banquier dépositaire (les plus couramment examinées par la jurisprudence luxembourgeoise) en ce qui concerne l'exécution les ordres du client qui s'apparentent plus à des obligations de mandataire et relativement auxquelles la jurisprudence est nuancée³⁵.

Pour des raisons évidentes, l'obligation du dépositaire la plus souvent analysée est l'obligation de restitution, faisant ainsi de l'obligation de conservation du dépositaire une obligation plutôt accessoire.

22. En principe, l'obligation de restitution du dépositaire est qualifiée d'obligation de résultat³⁶. Mais dans une décision rendue le 11 février 2009 (où il était question de pierres précieuses mystérieusement disparues après avoir été déposées pour expertise auprès d'un bijoutier), le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a fort justement décidé qu'en raison de sa forte dépendance à l'obligation de conservation qui la « précède », obligation elle-même qualifiée comme étant de moyens, son régime devait être considéré comme « hybride » et son débiteur s'exonérer de sa responsabilité en prouvant son absence de faute³⁷.

(35) RAVARANI, précité, n° 526.

(36) « En tant que dépositaire de titres ou de sommes d'argent, le banquier contracte une obligation de restitution de résultat dont il ne saurait se décharger que par la preuve d'une cause étrangère, et non par l'absence de faute », RAVARANI, précité, n° 523.

(37) Trib. arr., n° 41/2009, 11 février 2009; il s'agissait d'un dépôt de pierres précieuses auprès d'un bijoutier pour expertise.

3.2.1. La conservation de choses matérielles

23. Pour ce qui est de l'obligation de conservation en général (celle du dépositaire mais aussi celle de l'emprunteur, de l'usufruitier, etc), on a vu plus haut que l'article 1137 du Code civil en faisait expressément une obligation de moyens en disposant, en son alinéa 1^{er}, que : « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille ». Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en instance d'appel a pourtant considéré, dans une décision récente, qu'une telle obligation était à qualifier d'obligation de résultat.

Dans cette affaire, un utilisateur des infrastructures du centre thermal de Mondorf, qui avait déposé ses affaires personnelles dans un casier du vestiaire spécialement prévu à cet effet, se les était fait dérober à la suite du forçage de la serrure du casier de ce vestiaire et avait poursuivi le centre thermal devant le juge de paix de Luxembourg en responsabilité.

Ce dernier a estimé que le contrat conclu entre l'utilisateur et le centre thermal était à rapprocher du contrat de restauration où le client est obligé de confier une partie de ses vêtements au restaurateur et que dans ces conditions le centre thermal n'était tenu que d'une obligation accessoire de surveillance des effets personnels de ses clients, cette obligation étant de moyens.

Le tribunal, réformant cette décision, a jugé que « l'on n'était pas en présence d'un contrat de dépôt, ni volontaire ni nécessaire, mais d'un contrat d'entreprise, par lequel le centre thermal met à disposition de ses clients, contre rémunération, ses installations (...). Outre les installations sportives et de relaxation, le centre thermal met à disposition de ses clients des armoires et des casiers où ils peuvent placer leurs vêtements et effets personnels »³⁸.

Constatant que le centre thermal n'offrait pas d'autre alternative à ses clients pour la conservation de leurs vêtements et effets personnels que les casiers et armoires en cause dans cette affaire, le tribunal en a déduit que « le centre thermal assume à l'égard de ses clients une obligation accessoire de conservation de leurs effets personnels ». Estimant cette obligation de conservation plus large que celle d'un restaurateur ou d'un cafetier (auprès de qui on n'a pas coutume de se débarrasser de son porte-monnaie ou de sa montre), le tribunal, allant ainsi à l'encontre des termes mêmes de l'article 1137 du Code civil, en a déduit que l'obligation de conservation en question était une obligation de résultat.

24. La juridiction, sans le dire, a fait de même dans des affaires, qui ont déjà défrayé la chronique³⁹, où était en cause l'obligation du banquier au secret bancaire.

3.2.2. La conservation de choses immatérielles : le secret bancaire

Dans ces affaires, bien que soit en cause l'obligation de la banque de conserver secrètes les informations qui lui sont confiées, toutes les décisions rendues jusque là l'ont qualifiée d'obligation de résultat.

3.2.2.1. L'obligation de conserver des informations secrètes : obligation de ne pas faire ?

25. Elles l'ont fait d'abord en partant du principe que l'obligation au secret bancaire serait une obligation de ne pas faire, point de vue qui se discute.

L'obligation de ne pas faire, classiquement illustrée par l'obligation de non-rétablissement imposée au vendeur d'un fonds de commerce ou par l'obligation de non-concurrence, est plutôt une obligation de s'abstenir d'un fait positif. Au contraire, l'obligation au secret, dont ce n'est qu'au sens familier que l'on peut la voir comme une obligation de *ne pas dire*, et donc de *ne pas faire*, impose à son débiteur de faire des actes positifs, lesquels consistent à veiller à la conservation du secret et à mettre en place les mesures indispensables à une telle conservation.

3.2.2.2. L'obligation de conserver des informations secrètes : obligation sans aléa ?

26. La qualification d'obligation de résultat a encore été retenue par la cour d'appel dans son arrêt de 2003 au motif qu'il est « dans le cours normal des choses que les renseignements confiés lors de la conclusion d'un contrat de dépôt avec une banque puissent être gardés secrets » et qu'il n'y a « pas d'aléa particulier que ce résultat qui rentre dans les prévisions des parties au contrat et que le législateur protège par des sanctions pénales, ne soit pas atteint »⁴⁰.

Il n'est pourtant pas certain qu'on puisse affirmer, en termes généraux, que l'obligation au secret qui pèse sur un établissement bancaire n'est affectée d'aucun aléa. Car en réalité un tel établissement n'est pas, en dépit de toutes les précautions qu'il peut prendre, à l'abri d'agissements, criminels ou non, qu'ils soient le fait de tiers à l'établissement ou d'employés de celui-ci, qui pourraient aboutir à la divulgation d'informations qui devaient rester secrètes.

C'est ce que la banque avait fait valoir dans le pourvoi en cassation qu'elle avait formé à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de 2003. La Cour de cassation, en laissant aux juges du fond le soin de déterminer, au cas par cas, si, en fonction des circonstances, telle ou telle obligation est ou non, dans une affaire donnée, affectée d'un aléa et si, par conséquent, ladite obligation est à qualifier d'obligation de moyens ou d'obligation de résultat, a admis que la cour d'appel n'avait pu énoncer une règle de droit générale en ce sens que l'obligation au secret bancaire serait toujours, et en toutes circonstances, une obligation de résultat⁴¹.

Dans des jugements rendus plus tard, en 2009, dans des affaires similaires, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, reprenant à son compte la formule de la cour d'appel sans procéder à de quelconques vérifications factuelles, a décidé que, d'une manière générale, « l'obligation de discrétion s'analyse en une obligation de ne pas faire, ne pas divulguer des informations relatives au client bancaire, à ce titre elle forme une obligation de résultat, puisqu'il s'agit d'une abstention qu'il est facile de respecter. »⁴²

De fait pourtant, dans ces affaires, les événements qui ont conduit à la situation déplorée par la banque tendent à montrer que l'obligation au secret est loin d'être « facile à respecter ».

La cour d'appel, dans l'arrêt du 2 avril 2003 soumis à la Cour de cassation, avait affirmé que « il ne saurait y avoir de régime de responsabilité différent selon que le débiteur d'une obligation contractuelle est une personne morale ou une personne physique ». C'est pourtant, souvent, ce qui fait toute la différence. Le fait que la banque, personne morale, doive passer par des personnes physiques, sur lesquelles elle n'a pas une totale maîtrise, pour exécuter ses obligations, a nécessairement une influence sur la réalité de l'aléa qui affecte l'exécution de celles-ci. L'intervention de ces personnes dans le processus d'exécution du contrat y introduit un aléa auquel la banque ne peut parer qu'en prenant toutes les précautions possibles.

3.2.2.3. L'obligation de conservation de l'article 1137 du Code civil vaut-elle pour les choses immatérielles ?

27. L'obligation au secret bancaire, dès lors qu'elle naît dès que le client potentiel qui a franchi le seuil d'un établissement bancaire confie au banquier des informations relatives à sa situation patrimoniale, est une obligation indépendante de l'existence de tout contrat ultérieur quelconque, contrat de dépôt, de gestion ou autre, qui pourrait être conclu avec la banque. *A priori*, il n'y a donc pas lieu de tenir cette obligation comme accessoire à un contrat principal pour procéder à sa qualification. Elle est, en soi, un contrat qui fait obligation au banquier, d'ailleurs qualifié de « dépositaire d'un

n'avait pas tiré l'obligation de résultat « de la seule disposition de l'article 1932 visant le devoir de restitution de l'objet déposé, mais de l'ensemble des relations contractuelles s'attachant au contrat spécifique de dépôt bancaire » et que « l'absence d'aléa caractérisant l'obligation de résultat est une vérification factuelle opérée souverainement par les juges du fond ».

(42) Voir par exemple jugement n° 412/09 du 20 mars 2009, 2^e ch., confirmé sur appel principal par un arrêt du 16 mars 2011 (rôle n° 35345). Mais là encore, il faut considérer que les juges du fond ont exercé leur pouvoir souverain d'appréciation en qualifiant l'obligation litigieuse d'obligation de résultat. Ces décisions, qui opéraient tout de même un sérieux « revirement » dans l'appréciation du dommage moral puisqu'elles l'évaluaient à 1 euro symbolique, ont été, sur ce point et sur appel incident, réformées en appel. La Cour d'appel a estimé que le dommage moral allégué consistait exclusivement dans la déception d'avoir dû payer l'impôt et devait dès lors être considéré comme inexistant. Deux ans plus tôt, le 23 mars 2007, la même chambre du tribunal d'arrondissement, autrement composée, avait rendu toute une série de décisions (jugements n°s 334/07 à 345/07) qui retenaient également la qualification d'obligation de résultat, mais jugeaient le dommage moral inexistant ; ces jugements ont été confirmés en appel par arrêts du 5 novembre 2009 (rôles n°s 32613 à 32633) ; un pourvoi en cassation formé contre l'un de ces arrêts a été rejeté par un arrêt du 6 janvier 2011 (n° 1/11)

(38) Jugement n° 93/2005 du 27 mai 2005, p. 3.

(39) Il s'agit des affaires qui ont opposé KBL à ceux de ses clients victimes d'une divulgation des informations les concernant aux fiscaux belge et néerlandais à la suite d'un vol de documents perpétré par des employés de la banque (cf notamment Cour, 2 avril 2003, *Pas.*, XXXII, p. 524 et Cass., 18 mars 2004, *Pas.*, XXXII, p. 500).

(40) Arrêt du 2 avril 2003, précité.

(41) La Cour de cassation dans son arrêt du 18 mars 2004 (4^e moyen), a en effet estimé que la cour d'appel

secret », de veiller à la conservation des informations qui lui sont confiées.

Peu importe d'ailleurs qu'il soit à considérer, dans son rôle de détenteur d'un secret, comme un dépositaire ou autre chose. L'article 1137 du Code civil vise, d'une manière générale et quel que soit le contrat la prévoyant, l'obligation de conservation

28. Ces informations relèvent des « choses » visées par l'article 1137 du Code civil. Le fait qu'elles aient une nature immatérielle ne leur enlève pas le caractère de « choses » à conserver. Au même titre que pour la conservation de biens matériels, l'obligation au secret bancaire devrait donc pouvoir être qualifiée d'obligation de moyens renforcée.

3.2.2.4. L'origine légale de l'obligation au secret en fait-elle une obligation de résultat ?

29. La qualification d'obligation de résultat devrait encore moins se justifier si l'on considère l'obligation au secret bancaire comme extracontractuelle car d'origine légale.

Il faut, à propos de la nature du secret bancaire, signaler l'avis⁴³ émis le 1^{er} mars 2004 par le Comité des juristes (Codeju) mandaté par la Commission de surveillance du secteur financier. Cet avis rejette l'opinion selon laquelle le secret bancaire ferait partie intégrante des relations contractuelles entre client et banquier et que son caractère d'ordre public ne ferait que renforcer l'obligation contractuelle du prestataire financier.

Selon le Codeju, « il faut se garder de confondre l'obligation au secret qui est d'origine légale avec les arrangements contractuels des parties. Les professionnels financiers s'engagent dans des contrats de dépôt, de louage de services ou de mandat, mais l'interdiction de révéler n'a pas son origine dans ces contrats. Le secret ne naît pas du consentement des parties qui est en règle générale l'élément déterminant d'un contrat. Aucune des dispositions citées (code de déontologie, loi du secteur financier et des assurances, secret médical, Code pénal) ne fait référence à un contrat entre les parties. Par ailleurs le secret protège aussi les personnes qui sont entrées en contact avec un professionnel sans avoir eu avec lui un lien contractuel. C'est le cas par exemple de clients potentiels contactés, des ayants droit économiques ou des mandataires d'un titulaire de compte ainsi que des bénéficiaires des contrats d'assurance ou des opérations bancaires d'un client ».

En conséquence, le Codeju retient que « Le secret bancaire, comme le secret des assureurs ou comme tout autre secret professionnel, est une disposition de droit pénal et, en tant que tel, il est d'ordre public. On ne saurait lui enlever cette caractéristique sauf à l'abandonner entièrement ». Et que « le caractère d'ordre public et le caractère pénal de cette disposition font... qu'elle est d'interprétation restrictive quant aux éléments constitutifs de l'infraction ».

30. En réalité, une obligation peut fort bien être à la fois légale et contractuelle. Le Code civil re-

gorge de telles obligations. Considérer l'obligation au secret bancaire, d'origine légale, comme une obligation contractuelle, qu'elle se rattache ou non à un autre contrat (dépôt, gestion, etc...) conclu entre la banque et son client, est simplement l'une des options possibles. Dès lors que l'obligation est sanctionnée pénalement, cette option, sur le plan de la qualification de l'obligation contractuelle, devrait logiquement conduire à conclure à l'obligation de moyens : la preuve à rapporter pour l'infraction au secret bancaire, en effet, est celle de la volonté de révéler, l'infraction au secret professionnel étant une infraction intentionnelle⁴⁴. On sait en effet d'une manière générale qu'« il ne peut être question, en matière pénale, de responsabilité (...) sans faute, voire de présomption de responsabilité »⁴⁵.

31. Le fait que le secret bancaire soit spécialement protégé par le Code pénal n'en fait pas une catégorie à part sur le plan civil mais confirme au contraire que, d'un point de vue civil, cette obligation de confidentialité ne peut être que de moyens.

Car en vertu du principe de l'unité de la faute pénale et de la faute civile et dès lors que la responsabilité civile du banquier ayant enfreint le secret bancaire repose sur une incrimination pénale, la preuve de la faute civile doit suivre le même régime que celle de la faute pénale et dès lors réunir l'élément matériel qui consiste dans la révélation du secret et, la violation du secret professionnel étant une infraction intentionnelle, l'élément moral qui suppose la volonté de révéler.

L'obligation au secret du banquier, qu'elle soit uniquement légale ou « légalement contractuelle » ne devrait donc pas pouvoir être qualifiée d'obligation de résultat, sauf à justifier la solution par l'importance de la question⁴⁶...

32. Nous allons voir que la doctrine française s'accorde de plus en plus à dire que la « responsabilité » contractuelle trouve sa source dans la formation du contrat et non dans son inexécution et que contrairement à la responsabilité délictuelle, elle ne naît pas d'une faute. Le simple fait que le contrat ait été conclu oblige à le respecter et, si c'est impossible, à exécuter en nature ou par équivalent.

C'est peut-être, au fond, ce qui conduit les juridictions luxembourgeoises à voir de plus en plus une obligation de résultat là où rien, en réalité, ne semble justifier qu'il y en ait une.

3.3. L'obligation extracontractuelle de moyens ou de résultat

33. Il faut encore souligner que tant la jurisprudence que le législateur semblent désormais vouloir transposer la distinction du domaine contractuel vers le domaine légal en opposant

l'obligation extracontractuelle de résultat à l'obligation extracontractuelle de moyens.

Dans un jugement rendu le 14 juillet 2004, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a en effet rejeté la demande en dommages et intérêts formée contre l'État pour dysfonctionnement de l'administration pénitentiaire au motif qu'il s'agit d'une obligation de moyens :

« En effet, aucune disposition légale ne met à charge d'un établissement pénitentiaire, même fermé, une obligation de résultat d'empêcher la possession et la consommation par un détenu de produits illicites tels une drogue prohibée ou un médicament qui ne peut être obtenu que sur ordonnance médicale.

» La responsabilité de l'établissement pénitentiaire n'est engagée que si des fautes concrètes ont été commises. La personne qui dirige une action en dommages et intérêts contre l'État a la charge de prouver les fautes ou dysfonctionnements imputables au service de l'État. Elle a donc la charge de décrire concrètement les comportements ou les omissions qui constituent les violations des règles qui auraient dû être suivies et d'énoncer les règles de conduite qui n'auraient pas été observées »⁴⁷.

34. Par ailleurs, la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution, dans le commentaire de l'article 37 concernant l'obligation de l'État de veiller à ce que toute personne puisse vivre dans un logement approprié, qualifie l'obligation de l'État d'« obligation de moyens »⁴⁸.

Cette propension, tant de la juridiction que du législateur, à vouloir qualifier d'obligations de moyens ou de résultat des obligations purement légales, et à ainsi aménager le régime de preuve de l'inexécution de telles obligations, doit peut-être conduire à conclure que d'une manière générale, le fait qu'une obligation légale soit violée n'engage pas nécessairement la responsabilité de l'auteur de cette violation et qu'elle ne peut l'être que si l'obligation est expressément qualifiée d'obligation de résultat.

Elle démontre en tout cas qu'au Luxembourg, la distinction a encore, manifestement, de beaux jours devant elle.

4

Avenir de la distinction

35. La tendance doctrinale française⁴⁹ semble, de plus en plus, être à l'abandon de la distinc-

(47) Trib. arr., n° 359/2004, p. 4.

(48) Cfr p. 29 du document parlementaire n° 6030.

(49) Le législateur français pourrait également être touché. Une proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile récemment déposée (proposition n° 657, enregistrée à la présidence du Sénat le 9 juillet 2010), prévoit une modification de l'article 1382 du Code civil en ce sens que « Tout fait quelconque de l'homme ou toute contravention à une obligation contractuelle, qui cause à autrui un dommage, oblige son auteur à le réparer », signifiant probablement que la condamnation à réparer, en matière contractuelle, devra être opérée en suivant des règles communes à la responsabilité délictuelle et qu'elle devra être distinguée de la condamnation à exécuter. L'inexécution contractuelle

(43) Que l'on trouve au rapport annuel de la Commission de surveillance du secteur financier 2003, pp. 196 et s.

(44) M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 2^e ed., 1999, n° 382.

(45) Cfr étude de Mme Isabelle Ferrari, conseiller référendaire à la Cour de cassation, sur le « médecin devant le juge pénal » (rapport annuel 1999 de la Cour de cassation française, disponible sur son site internet www.courdecassation.fr).

(46) Visée par la Cour de cassation dans son arrêt de mai 2010 sur les contrôleurs techniques; voir ci-avant, n° 19.

tion ou, plus généralement, à l'abandon de la théorie de la responsabilité dite contractuelle. Mais à supposer que la tendance continue à s'étendre, sans doute faudra-t-il encore du temps pour qu'elle trouve un véritable écho dans la jurisprudence.

4.1. La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept...

36. Depuis une vingtaine d'années en effet, bon nombre de voix⁵⁰ se sont fait entendre pour condamner l'application qui est faite, tant en jurisprudence qu'en doctrine, des règles de la responsabilité contractuelle.

La querelle entre les partisans de l'unité et ceux de la dualité des responsabilités contractuelle et délictuelle ne date pas d'hier et la question de l'autonomie de la responsabilité contractuelle a longtemps été débattue. La dualité des régimes a fini par s'imposer et reflète, selon Mme Viney⁵¹, l'état actuel du droit positif.

Mais les questions se focalisent désormais sur la fonction indemnitaire de la responsabilité contractuelle et de nombreux auteurs sont d'avis que l'inexécution d'un contrat doit être sanctionnée par une condamnation à exécuter et non à réparer. Il n'y aurait pas deux régimes de responsabilité, fonction de leur source, loi ou contrat, mais un seul régime, la responsabilité délictuelle, la question de l'inexécution d'un contrat devant en être radicalement distinguée.

Selon ces auteurs, la distinction que l'on fait entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle tient à la nature que l'on assigne aux dommages et intérêts. La spécificité de la responsabilité contractuelle les conduit à considérer que les dommages et intérêts dus au titre de l'inexécution visent à remplacer l'avantage qu'on aurait tiré de cette exécution. Il ne s'agirait pas de payer le prix d'une faute commise, mais de compenser la perte d'un avantage promis. Les dommages et intérêts contractuels seraient, en fait, un substitut de l'exécution en nature.

Ces auteurs, certains avec vigueur, dénoncent l'amalgame fait entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle pour proposer de revenir au concept, selon eux originel, d'une responsabilité contractuelle ayant une pure fonction d'exécution forcée du contrat.

L'indemnisation des dommages provoqués par ailleurs⁵² par l'inexécution du contrat serait abandonnée au seul régime de la responsabilité délictuelle.

La tempête est levée, donc, sur la « responsabilité contractuelle »⁵³, semblant entraîner avec

elle les théories patiemment forgées sur la « faute » contractuelle et, aux dires de cette doctrine contestataire, de la fameuse distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat.

4.2. Conséquences sur la notion de faute contractuelle et sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat

37. Tous les auteurs qui reprochent au droit de l'inexécution du contrat la tournure qu'il a empruntée s'en prennent, en particulier, à l'intrusion de la faute dans un domaine où ils estiment qu'elle n'avait pas sa place.

L'extension des règles de la responsabilité délictuelle aux hypothèses autres que celles relevant de la simple exécution forcée du contrat entraînerait, dans ce domaine, l'abandon de la notion de faute et donc d'obligation de moyens.

C'est ce que fait remarquer Savaux, l'un de ces auteurs « contestataires », dans l'article qu'il a significativement intitulé « La fin de la responsabilité contractuelle? »⁵⁴, qui suggère de dépouiller la matière contractuelle de la notion de faute pour la remplacer par celle d'inexécution contractuelle, seul critère de satisfaction du créancier contractuel à qui son débiteur doit, non la réparation d'un dommage, mais une compensation par équivalent :

« Le bénéfice attendu de cette transformation est évident. Il s'agit d'évacuer de notre droit des sanctions de l'inexécution l'infamale distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat. Le passage par cette qualification des obligations est un détour logique inutile : pour déterminer si l'obligation est "de moyens" ou "de résultat", on examine toujours le contenu concret du contrat, ce que les parties ont déclaré vouloir, ou ce que dit à leur place la loi ou le juge; il suffit donc de se demander : 1) ce que le débiteur devait; 2) s'il a bien fait ce qu'il devait; le passage par une "qualification" de l'obligation est un trompe-l'œil. Toute la question du "fait générateur" de la "responsabilité contractuelle" se ramène en vérité à la question du contenu exact du contrat; comme l'annonce l'article 1137, c'est l'étendue de l'obligation contractée qui est à considérer, non le point de savoir si "l'obliga-

tion de réparer" suppose ou non la preuve d'une faute du débiteur ».

Mais comme Savaux le fait encore judicieusement remarquer :

« Le passage par la qualification des obligations de moyens et des obligations de résultat constitue effectivement un détour inutile et l'on peut légitimement souhaiter la disparition de cette distinction dont la mise en œuvre est d'une incroyable complexité. Mais on peut aussi penser qu'il n'y a pas grand-chose à attendre de ce point de vue de la disparition de la responsabilité contractuelle. Pour l'excellente raison que l'on rencontrera directement (comme le souhaitent d'ailleurs les partisans de l'abandon de la responsabilité contractuelle) la question que l'on essaie justement de résoudre par cette qualification : définir exactement ce à quoi le débiteur s'est engagé (et savoir s'il s'est exécuté). Et l'on constatera inévitablement que selon les cas celui-ci s'est engagé à plus ou moins, à mettre simplement ses facultés au service du créancier pour essayer de lui procurer un avantage, ou à lui fournir cet avantage... à promettre des "moyens" ou un "résultat"!

» En la matière, la disparition de la responsabilité contractuelle risque bien de ne procurer qu'un bénéfice illusoire »⁵⁵.

38. Et il ne peut en être autrement. Sauf, en effet, à vouloir réformer le Code civil, qui distingue, ainsi que ces auteurs l'ont rappelé, entre des obligations qui obligent leur débiteur à un comportement de « bon père de famille »⁵⁶ et celles qui l'obligent à un résultat déterminé⁵⁷, ceux qui prôneraient une « responsabilité contractuelle » rénovée dans laquelle l'inexécution de toute obligation, quelle qu'elle soit, serait susceptible d'être excusée par l'absence de faute⁵⁸, ou, à l'inverse, serait toujours de résultat, s'éloigneraient par trop des textes, même imparfaits, qui continuent à régir la matière.

Par ailleurs cette révolution, qui reviendrait simplement à remplacer cette « infamale distinction » par la fameuse directive d'interprétation de Frossard⁵⁹, non moins pernicieuse, ne serait, pour les juges et les plaideurs, qu'un bienfait tout limité.

Autant dire que l'avenir de la distinction, même s'il peut sembler compromis, n'est pas limpide...

Myriam PIERRAT
Avocat à la Cour

continuera à être différenciée selon qu'elle concerne une obligation de moyens ou de résultat (article 1386-14 de la proposition).

(50) P. LE TOURNEAU, parmi les premiers, *cfr* LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz 2010, n° 812; voir aussi D. TALLON, *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation*, *R.T.D. civ.*, 1994, p. 223; E. SAVAUX, « La fin de la responsabilité contractuelle? », *R.T.D. civ.*, 1999, pp. 1 et s.; P. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *R.T.D. civ.*, 1997, p. 323.

(51) « Introduction à la responsabilité précitée », n°s 161 et s.

(52) Autres que résidant dans la non obtention de la prestation contractuelle promise

(53) Que Mme Viney voudrait, pour sa part, voir maintenir : « Il nous paraît, en définitive, injustifié de

prôner la disparition de la responsabilité contractuelle au profit d'un concept d'« exécution par équivalent » qui est d'une cohérence douteuse. Ce qui caractérise en effet l'exécution, c'est qu'elle porte, par définition, sur ce qui est promis et non sur une prestation de remplacement. Confondre les dommages et intérêts avec l'exécution est donc une manière insidieuse de revenir sur la priorité de l'exécution en nature que commande la force obligatoire du contrat, telle que la conçoivent les droits européens continentaux. En outre, la disparition du concept de responsabilité contractuelle risquerait soit de réduire considérablement la protection des victimes en les privant de toute réparation pour les dommages consécutifs à l'inexécution, soit de soumettre cette réparation au régime délictuel, ce qui ne serait guère logique, au moins pour les dommages résultant de l'inexécution des obligations principales ou caractéristiques du contrat, et obligerait souvent la victime à exercer deux actions, soumises à deux régimes différents, pour obtenir la réparation des dommages consubstantiels et celle des dommages consécutifs à l'inexécution. Il s'agit donc, à notre avis, d'une fausse piste » (« Introduction à la responsabilité », précité, n°s 166-16).

(54) Précité.

(55) Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle?*, précité.

(56) Article 1137 du Code civil.

(57) Article 1147 du Code civil.

(58) *Cfr* TUNC, cité par RÉMY, *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept*, précité.

(59) *Cfr* ci-avant, note 5.