

CHRONIQUE DE DROIT DES OBLIGATIONS

Angers Larouche

Volume 3, numéro 2, 1972

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059690ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059690ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Larouche, A. (1972). CHRONIQUE DE DROIT DES OBLIGATIONS. *Revue générale de droit*, 3(2), 307–401. <https://doi.org/10.7202/1059690ar>

CHRONIQUE DE DROIT DES OBLIGATIONS

par Angers LAROUCHE,
professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa.

A. JURISPRUDENCE.

a) *Le contrat.*

1. *Qualification des contrats. Contrat d'exploitation d'une station-service.*

La compagnie d'huile qui, moyennant l'obligation du co-contractant (l'exploitant) de vendre ses produits, pourvoit à l'installation et à l'entretien de l'équipement propre à assurer l'exploitation d'une station-service, tel les réservoirs et les pompes à gazoline dont elle garde la propriété, conclut sans aucun doute un contrat à titre onéreux. Mais de quelle espèce de contrat s'agit-il ? Il peut bien s'agir d'un contrat innommé soumis uniquement aux règles générales des obligations. Mais rien ne s'oppose à ce que, dans ce cas comme dans les autres cas de contrats innommés, on lui recherche, si on peut le faire commodément, une affinité avec un type de contrat nommé pour pouvoir lui appliquer les règles pertinentes propres à ce dernier. C'est une pratique courante fort acceptable, à la condition que l'on fasse correctement l'assimilation. Ainsi le contrat d'exploitation d'une station-service, dans les termes mentionnés ci-haut, peut très bien être assimilé au louage de choses comme le fait monsieur le juge Turgeon. Mais nous n'y voyons aucun trait commun, quant à sa nature, avec le prêt ou la vente, seuls contrats retenus par monsieur le juge Rivard (*British American Oil c. Lévesque*, 1971 C.A. 298).

2. *Qualification. Contrat de stationnement.*

Le contrat de stationnement est un contrat innommé auquel on doit appliquer les règles générales des obligations (*Girard c. National Parking Ltd.*, 1971 C.A. 328). Il est caractérisé par l'obligation de garde, en principe. Si cependant l'on pouvait en venir à la conclusion que les parties ont clairement prévu que l'exploitant n'assumait aucune obligation de garde, ne s'agirait-il pas alors uniquement d'un louage d'espace (louage de choses) ? Il nous semble certain que pour en décider ainsi, nos tribunaux ne se contenteraient pas d'une stipulation au verso du billet ou d'une affiche à l'effet que le prix ne couvre que l'utilisation de l'espace, si l'on

tient compte de leur attitude quant aux clauses de non-responsabilité, en général, et quant à celles stipulées dans les parcs de stationnement, en particulier. Ce qui revient à dire qu'en pratique les tribunaux verront toujours le contrat de stationnement comme un contrat de *garde rémunérée*, peu importe les stipulations prévues par l'exploitant.

3. *Contrat d'adhésion.*

Le contrat d'adhésion est, en principe, un contrat comme les autres. Toutefois nos tribunaux lui ont attaché certaines règles particulières. Ainsi en matière de consentement non seulement exige-t-on qu'il soit prouvé que l'acceptant connaissait les clauses qu'on veut lui opposer, mais encore c'est au pollicitant et non à l'acceptant (adhérant) qu'on demande de faire cette preuve (*Place Crémazie Parking Ltée c. Migneron*, 1971 C.A. 813; *Girard c. National Parking Ltd.*, 1971 C.A. 328; *Wexler c. Paul Service Stores Ltd.*, 1955 C.S. 363; *Israel c. Champlain Coach Lines Ltd.* (1939) 77 C.S. 145; voir aussi notre précédente *Chronique*, n° 83, *Clauses de non-responsabilité*, 1971 R.G.D. 327). D'autre part, en matière d'interprétation, on a posé deux règles: 1° le contrat doit s'interpréter restrictivement et 2° dans le doute, le contrat doit s'interpréter en faveur de l'adhérant et contre le pollicitant (*Place Crémazie Parking Ltée c. Migneron*, précitée). Dans ce dernier cas, on prétend appliquer l'art. 1019 C.C., mais cette application est très discutable (voir notre *Chronique* précitée, n° 29, *Interprétation du contrat*, p. 243). Nous croyons plutôt que cette règle d'interprétation constitue une exception à l'art. 1019 C.C., exception que nous acceptons d'ailleurs pleinement.

Voilà donc des règles qui sont propres aux contrats d'adhésion. Ces règles sont de création jurisprudentielle. La jurisprudence ne nous a pas encore renseigné toutefois sur les critères à employer pour déterminer ce qui constitue un contrat d'adhésion. La doctrine a bien fait un effort (voir par ex. P. AZARD, *Le contrat d'adhésion*, 1960 *R. du B.* 337). Mais il n'a pas impressionné nos tribunaux, semble-t-il. Tout d'abord, il faut remarquer que les règles particulières énoncées ci-haut, élaborées par la jurisprudence, ne sont généralement appliquées par nos tribunaux qu'à des clauses de non-responsabilité, tellement qu'on pourrait être porté à croire que ces règles particulières s'appliquent aux clauses de non-responsabilité beaucoup plus qu'à ce qu'on pourrait appeler un contrat d'adhésion. En fait, on pourrait même aller jusqu'à penser que,

pour les tribunaux, la notion de contrat d'adhésion est une notion inexistante ou sans signification aucune. Ce serait cependant peut-être aller trop loin. Car nos tribunaux eux-mêmes emploient parfois le nom de « contrat d'adhésion » pour désigner un contrat auquel ils veulent appliquer les règles particulières que l'on connaît. Mais pour ce faire, répétons-le, ils n'ont pas pris la peine de nous dire à quels critères ils reconnaissent un contrat d'adhésion. Ainsi énoncent-ils simplement qu'un contrat de stationnement est un contrat d'adhésion (*Place Crémazie Parking Ltée c. Migneron*, précité). Aussi a-t-on énoncé que les contrats d'assurance (*Berthiaume c. Great West Ass.*, 48 R.L. 16; *Daoust c. La Cie d'Assurances Élite*, 1969 C.S. 377, 381) et qu'un contrat lié à un abonnement de services publics constituait des contrats d'adhésion (*Southern Canada Power Co. c. Dubois*, 1944 C.S. 54). Remarquons d'ailleurs que la plupart du temps nos tribunaux appliquent à plusieurs contrats comme au contrat de transport, au contrat d'abonnement à un service public, etc . . . , les règles particulières qu'ils ont élaborées, sans même d'abord qualifier auparavant ce contrat. Et il n'y a pas là matière à récriminations.

4. *Liberté contractuelle et ordre public. Clauses compromissaires. Renonciation à la juridiction des tribunaux.*

La Cour fédérale prétend que la clause d'arbitrage ou clause compromissaire est valide en droit québécois depuis 1965 (art. 951 C.P.C.), si elle ne l'était pas auparavant (*Le syndicat de Normandin Lumber Ltd. c. The Angelic Power*, 1971 C.F. 263). Et elle ajoute qu'une telle clause soustrait le litige y prévu à la compétence des tribunaux québécois, puisque l'art. 951 C.P.C. édicté par le législateur le permet. Il nous semble que cette décision tire des conséquences importantes de l'art. 951 C.P.C., que celui-ci ne justifie pas. L'art. 951 C.P.C. n'a pas pour objet, à notre avis, de valider toute clause compromissaire. Elle ne réglemente que la forme des clauses valides. En d'autres termes, la clause compromissaire doit respecter l'ordre public. Et à ce sujet, rien à l'art. 951 C.P.C. ne nous permet de penser que la compétence des tribunaux n'est plus d'ordre public. En conséquence, la clause compromissaire qui retirerait toute compétence aux tribunaux québécois ne saurait être valide. Pour être valide, elle doit prévoir que l'arbitrage n'aura lieu qu'à titre préalable à l'action en justice. Ou en tous cas, toute clause compromissaire doit être interprétée de cette façon pour être valide (cf. notre *Chronique*, n° 12, 1971 R.G.D. 231). Et il nous semble que l'art. 951 C.P.C. ne nous autorise pas à nier cette

distinction entre l'arbitrage final et sans appel, contraire à l'ordre public, et l'arbitrage préalable, permis par l'ordre public. Pourquoi, du reste, la compétence de la Cour fédérale serait-elle d'ordre public, et celle de nos tribunaux ne le serait pas ? Certainement pas à cause du seul art. 951 C.P.C. A notre avis, le droit d'accès aux tribunaux est un droit d'ordre public auquel personne ne peut renoncer, encore qu'on puisse en soumettre l'exercice à des obligations préjudicielles.

C'est dans cet esprit qu'on jugera comme contraire à l'ordre public toute disposition dans le contrat d'un joueur de hockey ou d'un règlement de ligue qui constituerait une renonciation des joueurs ou arbitres à l'exercice de leurs droits devant les juridictions civiles ou criminelles (*La Reine c. Prénoveau*, 1971 R.L. 21).

5. *Liberté contractuelle et ordre public. Faillite.*

La faillite est une question d'ordre public (*Greenfield Park Lumber c. Zikman*, 1969, 12 C.B.R. n.s. 115 ou 1968 C.S. 69; voir aussi *In re Therrien Printing Ltd. : Cossette c. Kirsch*, 1966 B.R. 96; *In re Beauchatel Const. Inc. : Poissant c. Blais*, 1961 C.S. 145; *In re Levasseur : Auger & Fils c. Levasseur*, 5 C.B.R. n.s. 76).

6. *Liberté contractuelle et ordre public. Clause restrictive d'emploi* (v. aussi notre *Chronique*, n° 14, 1971 R.G.D. 232).

La question de la validité d'une clause restrictive d'emploi (obligation de ne pas prendre d'emploi similaire à la terminaison d'un louage de services) n'a pas été souvent portée à l'attention de la Cour suprême. Elle le fut récemment et a donné lieu à des opinions fort intéressantes (*Cameron c. Canadian Factors Corp. Ltd.*, 1971 R.C.S. 148). Les critères généraux de validité d'une telle clause sont très simples en eux-mêmes. La clause est valide si elle n'est pas contraire à l'ordre public. Et elle sera contraire à l'ordre public si la durée ou la portée territoriale de la restriction est déraisonnable eu égard dans chaque cas au domaine des affaires ou des activités visées par la stipulation. N'y aurait-il pas lieu de s'interroger, en outre, sur la « raisonabilité » de la clause pénale stipulée dans ces conventions ? Quoi qu'il en soit l'appréciation de la raisonabilité de la durée ou de la territorialité doit se fonder sur la conciliation « of the interests of the employer and the erstwhile employee in respect of the need of the former for protection of his business and of the latter for economic mobility, in the light of a policy that discourages limitations on personal freedom,

and specifically, on freedom of economic or employment opportunity » (juge Laskin, p. 163). En énonçant ces principes, la Cour suprême ne fait que reprendre la théorie élaborée par les tribunaux inférieurs au cours des années. D'autre part, si ces principes s'énoncent simplement, ils ne donnent pas toujours lieu à des applications aussi simples. L'appréciation individuelle de ce qui est raisonnable ou non joue une part importante dans l'application des critères posés. Aussi arrive-t-il assez fréquemment que les juges diffèrent d'opinion sur une telle question, avec le résultat que plusieurs jugements de la Cour d'Appel sont rendus à la majorité.

Dans l'affaire *Cameron*, précitée, la prohibition s'étendait à tout le Canada, et pour une période de cinq ans. Dans ces conditions, la clause restrictive devait être jugée déraisonnable, et par tant, invalide. Toutefois, monsieur le juge Pigeon a soulevé un autre aspect de la question. Cameron est engagé chez un concurrent direct dans la même localité, c'est-à-dire à Montréal, trois semaines après avoir quitté son emploi chez Canadian Factors. Et selon plusieurs juges de la Cour d'Appel (1966 B.R. 92, où les opinions furent d'ailleurs fort divisées) et de la Cour suprême, Cameron posait déjà à cette époque des actes contraires à l'obligation de ne pas faire qu'il avait contractée. Pour ces raisons, monsieur le juge Pigeon et monsieur le juge Fauteux, dissidents en Cour suprême, auraient condamné Cameron (pp. 150 à 158), au motif que Cameron ne pouvait invoquer « la durée excessive de son engagement pour se défendre de l'avoir violé *peu de temps* après son départ. » Cette « nouvelle » attitude se faisait attendre depuis déjà longtemps. En effet, nous nous surprenions du fait qu'un point de vue semblable n'était pas exprimé dans certaines causes où les faits l'auraient permis. Quoi qu'il en soit, cette addition nouvelle n'est pas sans soulever certaines questions. Comment peut-on concilier ces questions de l'invalidité de la clause restrictive d'une part, et de la violation flagrante des engagements pris par l'employé, d'autre part ? Nous croyons trouver la réponse dans les principes de la responsabilité délictuelle ! Si la clause est valide, elle doit être appliquée : c'est la responsabilité contractuelle. Si la clause est invalide, elle ne peut s'appliquer : il ne saurait être question de responsabilité contractuelle. Mais rien n'empêche alors de faire jouer l'art. 1053 c.c., si l'employé arrache volontairement et en connaissance de cause des clients à son ex-employeur. Si l'employé se prête à des manœuvres déloyales et s'il pose des actes de concurrence déloyale, il engage sa responsabilité. Mais alors, contrairement à ce qu'a fait le juge Pigeon, ce n'est plus la clause

contractuelle invalide qu'on applique, mais les principes de la responsabilité extra-contractuelle. C'est-à-dire que l'ex-employeur devra prouver les actes de déloyauté et les dommages qu'il a subis, la peine prévue n'ayant plus d'application. Ces principes, du reste, ne doivent pas s'appliquer seulement lorsqu'une clause restrictive est jugée invalide, mais aussi lorsqu'aucune clause n'est prévue: la concurrence déloyale est toujours source de responsabilité (voir *infra*, n° 38).

Une dernière question sur les clauses restrictives d'emploi: qui a le fardeau de démontrer l'illégalité ou la légalité de la clause, l'employé ou l'employeur? Il ressort des décisions de la Cour d'appel et de la Cour suprême que les opinions des juges sont fort partagées sur cette question. Du reste, il semble que cette question a toujours été épineuse. A notre avis, dans le cas de clauses restrictives d'emploi, le fardeau devrait reposer sur l'employeur: c'est lui qui doit prouver la légalité de la clause, c'est-à-dire démontrer au tribunal sa raisonnableté. Car le droit et la liberté au travail constituent des principes de base. Dans le doute, il nous semble que la clause doit être jugée illégale, compte tenu de l'importance des principes auxquels on veut faire échec exceptionnellement. C'est aussi l'employeur qui poursuit pour se prévaloir de la clause: c'est donc à lui que devrait revenir la tâche de démontrer la légalité dans la mesure où rien ne s'oppose à ce que, pour les raisons déjà mentionnées, une telle clause soit présumée illégale. La situation est certes différente lorsqu'il s'agit de clauses restrictives de commerce (voir aussi *infra*, n° 67, *Exécution spécifique*. In jonction.).

7. *Existence du consentement. Aliénation mentale.*

L'aberration mentale constitue évidemment une cause de nullité des actes juridiques, qu'il s'agisse d'un contrat ou d'un testament. En fait les règles applicables sont les mêmes dans les deux cas (*Hôtel Commercial de Bagotville Inc. c. Boily*, rapp. à 1970 C. de D. 815).

D'autre part, il est bien établi maintenant en jurisprudence que l'aliénation mentale ne doit pas nécessairement être totale pour qu'elle donne lieu à nullité. Il y a cause de nullité dès qu'il est établi que le contractant ne pouvait comprendre la signification ni mesurer la portée de l'acte ou de la disposition à laquelle il consentait; on dira encore que le contractant souffrait d'aberration mentale s'il lui était impossible d'apprécier ou d'évaluer les conséquences des actes qu'il a posés (*Rabell c. Meskinis*, 1971 C.S. 650; *Thibo-*

deau c. Thibodeau, 1961 S.C.R. 285; Baptist c. Baptist, 1893-94, 23 S.C.R. 37; Protestant Board of School Commissioners of the Village of Ayer's Cliff c. Wilson, 1954 B.R. 169; Corrivault c. Boulanger, 1968 B.R. 585; Guérin c. Guérin, 1961 B.R. 84, 1962 S.C.R. 550; Amyot c. Amyot, 1964 R.L. 407; Bouthillier c. Bouthillier, 1962 R.L. 449; Lamarche c. Lamarche, 1948 R.L. 193). C'est donc dire qu'un acte juridique sera annulé si le contractant était mentalement malade sans être totalement aliéné pour autant (ex.: Mathieu c. St-Michel, 1956 S.C.R. 477 (sénilité); McEwen c. Jenkins, 1958 S.C.R. 719 (faiblesse d'esprit); voir aussi la jurisprudence précitée).

Malgré l'apparente simplicité des principes posés, la preuve de l'aliénation constitue toujours une question délicate. Le fardeau incombe évidemment à celui qui invoque l'aliénation. Et dans le doute, la santé d'esprit doit évidemment l'emporter. L'aliénation peut cependant être prouvée par présomptions. Et à cet effet, l'on doit retenir le caractère plus ou moins lésionnaire ou préjudiciable de l'acte consenti (*Rabell c. Meskinis*, précitée; *Giroux c. l'Industrielle*, rapp. à 1970 C. de D. 555). Il s'agit là d'un facteur qui s'avèrera utile surtout pour trancher le doute au sujet de la santé d'esprit d'un contractant.

Nos tribunaux se doivent de se montrer exigeants quant à la preuve de l'aliénation. Ceci ne doit toutefois pas les empêcher de considérer que le fardeau de la preuve est renversé, s'il existe une preuve *prima facie* qui mette en doute la santé d'esprit du contractant (*Rabell c. Meskinis*, 1971 C.S. 650). Mais il faudrait bien se garder de se satisfaire trop facilement de l'existence de cette preuve *prima facie* (voir *Droulis c. McNeely*, 1969 B.R. 682; *Héritiers de Dorothy Allison c. Clough*, 1970 C.A. 67; *Marks c. Leibovitz*, 1970 C.A. 166; *Plante c. Dugré*, 1971 C.S. 68).

8. *Acceptation tacite. Silence du pollicité.*

L'un des cas les plus fréquents où se pose le problème du silence comme acceptation tacite est celui du renouvellement d'une police d'assurance par le courtier en assurances au profit de son client. Les tribunaux ont posé le principe général que le silence constitue une acceptation s'il y a devoir spécial de répondre. Ce devoir spécial pourra découler de différentes circonstances comme, par exemple, les relations d'affaires immédiatement pré-existantes entre les parties. Appliquant ces principes, il ne fait aucun doute, selon nous, qu'après s'être assuré une première fois par l'entremise

d'un courtier, le propriétaire d'une automobile a le devoir spécial de répondre à l'offre de renouvellement.

L'assuré doit faire connaître à son courtier son intention de ne pas renouveler, sans quoi il aura accepté tacitement le renouvellement de la police et le paiement de la prime qu'il implique jusqu'à ce qu'il avise le courtier, quand bien même pendant ce temps il n'aurait plus d'automobile. Car même dans ce cas, il lui revient d'avertir le courtier de ce fait pour permettre à ce dernier de récupérer ses avances. Pour que ce devoir spécial de répondre existe, il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu renouvellement consécutif depuis plusieurs ou même quelques années. Il existe dès le temps venu pour le premier renouvellement.

Le bien-fondé d'une telle attitude réside dans le fait que le renouvellement est fait dans l'intérêt de l'assuré. Pour ces raisons nous approuvons pleinement l'attitude du tribunal lorsqu'il a condamné l'assuré silencieux à rembourser au courtier les avances que celui-ci avait faites en son nom (*Mainguy c. Crispo*, 1971 R.L. 65). Et nous devons désapprouver les décisions contraires à ces principes comme celle qui exigeait une acceptation pratiquement formelle du renouvellement de la part de l'assuré (voir notre *Chronique*, n° 20, 1971 R.G.D. 236). Il va sans dire, d'autre part, qu'on ne saurait permettre au courtier d'abuser du silence de son client.

9. *Les contrats entre absents. Application des principes à d'autres domaines.*

Les principes élaborés par une jurisprudence abondante quant au lieu et au temps de la formation des contrats entre absents semblent devoir être appliqués à toutes les situations qui peuvent naître entre personnes qui ne sont pas en présence l'une de l'autre (voir notre *Chronique*, n° 21, 1971 R.G.D. 238). Encore récemment on les a appliqués aux formalités prévues par la loi pour mettre fin au contrat d'un enseignant (*Roy c. La Comm. scolaire régionale de Tilly*, 1971 C.S. 666). Si l'institutrice choisit la poste pour demander les raisons de son renvoi, la réponse lui est donnée au moment où, à son tour, elle est mise à la poste et non au moment de sa réception par l'institutrice. Le tribunal s'est appuyé sur l'arrêt *Magann c. Auger* (1901 S.C.R. 186) et sur l'art. 39 de la Loi des Postes (1970 S.R.C. ch. P-14). Cette solution en vaut bien d'autres. Ce qui importe surtout, c'est que la jurisprudence continue d'être constante dans la solution de ces problèmes.

10. *L'erreur.*

L'erreur n'est cause de nullité que si elle est prévue à l'art. 992 C.C. Ainsi sera cause de nullité l'erreur qui consiste à croire qu'on achète deux lots de fourrure pour un prix global alors qu'on en achète un seul pour le même prix. Il s'agit d'une erreur sur la substance de l'objet (*Hendelman Furs Ltd. c. Hollander & Son Ltd.*, 1971 C.S. 662). Par contre, l'erreur dans le calcul du matériel à employer par un entrepreneur pour l'exécution de son contrat d'entreprise ne peut pas constituer une erreur sur la substance de l'objet et pourrait difficilement constituer une erreur sur une considération principale, encore que cela nous apparaisse discutable. Quoi qu'il en soit, l'entrepreneur ne saurait réclamer le surplus après la réalisation du contrat, ne serait-ce qu'en raison de l'art. 1960 C.C. (*R. Lachapelle Ltée c. Nivose Ltée*, 1971 C.A. 685). Du reste, l'erreur ne peut être que cause de nullité. Elle ne peut justifier, en principe, une action en diminution ou en supplément de prix, sauf les cas prévus aux art. 1501 et 1526 C.C.

La négligence de la victime d'une erreur n'est pas une fin de non-recevoir à sa demande en annulation. Cette négligence peut, par ailleurs, l'obliger à dédommager son co-contractant (*Rawleigh c. Dumoulin*, 1926 S.C.R. 551; *Faubert c. Poirier*, 1959 S.C.R. 459; *Carignan c. Boutaric*, 1963 B.R. 222; *Vandal c. The White Motor Co.*, 1955 R.L. 332; *Forté c. Security Trust Ltd.*, 1914, 46 C.S. 201; *North Montreal Land Centre Ltd. c. La Prévoyance*, 1924, 30 R.L. 256; *Rawleigh c. Latraverse*, 1924, 36 B.R. 334). Au lieu de devoir dédommager son contractant, la victime négligente pourra se voir privée de ses dépens ou frais (*Hendelman Furs Ltd. c. Hollander & Son Ltd.*, 1971 C.S. 662; voir aussi *The J. R. Watkins Co. c. Lefebvre*, 1959 B.R. 728; *Lévesque c. Dionne*, 1954 B.R. 83).

L'erreur est un fait subjectif. Aussi doit-on faire preuve d'une grande diligence avant de conclure qu'elle a été prouvée. Les juges exigent une preuve concluante. A cette fin, ils ont unanimement adopté une règle de prudence en vertu de laquelle les prétentions de la victime doivent être corroborées par des circonstances ou autres témoignages. Il ne suffit pas de dire qu'on a fait erreur. Il faut que ces dires soient corroborés (*Imperial Oil Ltd. c. Tanguay*, 1971 C.S. 680; *F. X. Lamontagne Inc. c. Lépine*, 1969 B.R. 653; *Grégoire c. Béchard*, 1930, 49 B.R. 27; *Pucholska c. Massé*, 1958 C.S. 197; *Legault c. Thelland*, 1964 B.R. 41; *D'Hondt c. Kunin*, 1953 R.L. 389; *Rawleigh c. Dumoulin*, précité; *Faubert c. Poirier*, précité; *Hurtibise c. Bétournay*, 1929, 35 R.L. 74).

11. *Dol. Dol incident.*

Pendant longtemps, nos tribunaux se sont refusés à sanctionner le dol, vice de consentement, par l'allocation de dommages-intérêts sous forme de réduction de prix en faveur du contractant, victime d'un dol, arguant que la seule sanction du dol était l'annulation du contrat (voir par ex. *Legault c. Légaré Auto & Supply Co. Ltd.*, 1924, 30 R.L. 155 ou 1968 R.L. 393). En 1955, la Cour d'appel changeait clairement le cours de la jurisprudence, jugeant que le dol incident devait être accepté et qu'il était possible, en conséquence, pour la victime d'un dol de se pourvoir en dommages-intérêts seulement, dommages qui se traduisent, en définitive, par une réduction de prix ou par un remboursement d'une partie du prix payé (*Bellerose c. Bouvier*, 1955 B.R. 175). Cet arrêt donna une nouvelle orientation à la jurisprudence et nos tribunaux admettent maintenant ces principes (voir *Bellemarre c. Dionne*, 1961 B.R. 524; *Feffergrad c. Weiner*, 1962 R.L. 513; *Roy c. Dubreuil*, 1964 R.P. 403; *Twentieth Century-Fox Corp. Ltd. c. Roxy Amusements Ltd.*, 1960 B.R. 546; *Pinkus Construction Inc. c. McRobert*, 1968 B.R. 516). Encore récemment, ils furent appliqués: le dol incident peut fonder une réclamation en dommages sur la base de l'art. 1053 C.C., sans que la victime ait à demander l'annulation du contrat. Ainsi celui qui achète une voiture d'occasion qu'on lui représente comme neuve peut s'en prévaloir et réclamer au moins la différence de valeur (*Henley c. Bob Barnabé Inc.*, 1971 R.L. 523).

La notion de dol incident et son application méritent quelques observations. Soulignons d'abord qu'en doctrine on semble vouloir faire une distinction objective entre le dol incident et le dol principal. Le dol principal serait celui qui provoque l'idée de contracter, et le dol incident celui qui interviendrait au cours d'un projet de contrat pour en modifier les termes et généralement pour tromper la victime sur la valeur de l'objet et partant pour lui faire payer un prix supérieur à la valeur réelle de l'objet. Cette distinction, trop théorique, est d'application impossible pour les tribunaux. En réalité, le dol incident est aussi principal que le dol principal. En effet, c'est la victime du dol qui, seule, décide finalement de demander des dommages ou l'annulation. Et nous ne voyons pas très bien comment le tribunal pourrait refuser les dommages à celui qui les réclame. Peut-on raisonnablement penser que le tribunal lui opposera le fait que le dol dont il a été victime est principal plutôt qu'incident, et vice-versa ? Nous ne pouvons le croire. S'il y a un dol et que la victime demande l'annulation, on la lui accordera s'il est prouvé que sans ce dol elle n'aurait pas contracté: on ne lui refu-

sera pas son action en lui disant qu'elle n'a droit qu'à une action en diminution de prix. S'il y a dol et que la victime demande une diminution de prix, on lui accordera s'il est prouvé que, sans ce dol, elle n'aurait pas payé ce prix: on ne lui refusera pas son action en lui disant qu'elle n'a droit qu'à une action en annulation du contrat. La distinction doctrinale du dol incident et du dol principal nous paraît donc inadmissible. Ce qui est plus vrai, c'est que la victime d'un dol peut choisir le recours qui lui convient le mieux: elle peut se contenter de réclamer des dommages sur la base de l'art. 1053 C.C., ou elle peut demander uniquement l'annulation du contrat, ou enfin elle peut joindre une demande en annulation et une demande en dommages, qui seront alors différents de ceux qu'elle aurait réclamés dans la première hypothèse (voir par ex. *Brisson c. Vyvyan*, 1969 B.R. 657, conf. par 1970 R.C.S. V). C'est là, à notre avis, la conséquence pratique réelle de l'admission dans notre droit de la notion du dol incident.

L'acceptation de cette notion entraîne, d'autre part, une autre conséquence importante. Le contrat vicié par un dol est susceptible de confirmation, et celle-ci fera alors obstacle à une demande en annulation. Ceci ne saurait toutefois s'appliquer au « dol incident » c'est-à-dire à la demande en dommages, car il n'est plus question alors de nullité. C'est donc dire, en toute logique, que la confirmation d'un contrat annulable pour dol n'empêche pas la victime de se pourvoir en dommages, c'est-à-dire en réduction de prix. Et ce recours ne pourra être éteint que par la prescription de deux ans, en principe, puisque nous sommes en matière délictuelle. D'où l'importance de déterminer le point de départ de cette prescription. Est-ce la date du contrat ou la date de la découverte du dol? Il ne peut faire aucun doute que l'on doit opter pour cette deuxième date (art. 2232 C.C.).

12. *Interprétation des contrats.*

On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées (art. 1017 C.C.). A cet effet, il est d'usage à Montréal de déterminer le montant de la commission due par le mandant à son courtier d'après le tarif du « Montreal Real Estate Board », à défaut de convention spéciale (*A. E. Lepage Inc. c. Midway Ind. Ltd.*, 1971 R.L. 427).

13. *Équité dans les contrats. Article 1040c C.C.*

Le taux d'intérêt de 20% dans une créance hypothécaire fut jugé excessif et usuraire. Aussi le tribunal l'aurait-il réduit à 15% ,

étant donné que les taux du marché variaient entre 8% et 15% pour ce genre de contrat, n'eût été le fait que l'emprunt avait été contracté antérieurement à l'entrée en vigueur de l'art. 1040 C.C. (*Key Mortgage Corp. Ltd. c. Nadeau*, 1971 C.S. 321). Le tribunal s'est cependant servi de l'art. 1149 C.C. pour sanctionner l'usure, encore que cette disposition n'avait pas été invoquée par le plaideur.

14. *Objet du contrat. Ordre public.*

Le contrat qui a pour objet la livraison de marchandises frauduleusement altérées, décrites et étiquetées pêche contre l'ordre public (*Antoine Guertin Ltée c. Chamberland Co. Ltée*, 1971 R.C.S. 385) (voir aussi, *infra*, n° 15, *Nullité*).

15. *Nullité.*

Dans un cas de nullité absolue, le tribunal ne fait que constater la nullité invoquée en défense et s'il règle le litige en se basant sur une telle nullité, il n'agit pas *ultra petita*, même si le défendeur ne demande pas dans ses conclusions l'annulation du contrat (*Tardif et Pouliot Ltée c. Pouliot*, 1971 R.L. 155). Du reste, le tribunal doit soulever d'office la nullité absolue résultant de la violation de l'ordre public et il ne peut donner effet au contrat (*Antoine Guertin Ltée c. Chamberland Co. Ltée*, 1971 R.C.S. 385). En conséquence, le tribunal ne saurait accorder des dommages pour exécution fautive d'un contrat contraire à l'ordre public. En outre, le contractant qui subit des dommages à la suite d'un contrat contraire à l'ordre public auquel il a participé volontairement comme complice ne peut se plaindre: *volenti non fit injuria*. Il s'est exposé volontairement par ses actes frauduleux aux risques qu'il créait c'est-à-dire à ce qu'il perde des clients et à ce que sa réputation soit endommagée (aff. *Antoine Guertin Ltée*, précitée).

16. *Conditions de formes. Contrat administratif.*

Lorsqu'une loi exige la signature du ministre et la contre-signature du secrétaire du ministère, ces deux signatures sont nécessaires à la validité du contrat. A leur défaut, le contrat est absolument nul (*Alexis Nihon Ltée c. La Reine*, 1970 Ex.C.R. 92). Il s'agit là d'un principe qui doit s'appliquer dans tous les cas où les lois statutaires exigent, pour la validité d'un contrat, la signature d'une ou de plusieurs personnes déterminées (ministres, sous-ministres).

17. *Art. 1040a C.C.*

Le fiduciaire qui, en vertu d'un acte de fiducie, se voit attribuer des pouvoirs d'administration plus étendus que les pouvoirs d'un créancier qui bénéficie d'une clause de dation en paiement n'est pas un créancier au sens de l'art. 1040a C.C.; il peut prendre possession des immeubles et en disposer sans avoir à donner préalablement l'avis de soixante jours (*Normandeau c. Auto Part Inc.*, 1971 C.S. 774 ou 1971 R.P. 301).

D'autre part, un navire est un meuble et l'art. 1040a C.C. n'a pas d'application dans un tel cas (*Service Finance Corp. c. Decca Radar Canada Ltd.*, 1971 C.A. 664).

18. *Stipulation pour autrui.*

L'assurance-vie constitue indubitablement l'application pratique la plus courante de la stipulation pour autrui (*Continental Casualty Co. c. Chartré*, 1954 B.R. 635; *Hôtel Dieu Saint-Michel de Roberval c. Metropolitan Life Inc.*, 1940 78 C.S. 512; *Roy c. L'Ordre indépendant des Forestiers*, 1920, 58 C.S. 338; *Bilodeau c. Sun Life Ass.*, 1933, 71 C.S. 198; *Rees c. Hugues*, 1894, 3 B.R. 443; *Caron c. Pagé-Tremblay*, 1935, 73 C.S. 123; *Adam c. Ouellette*, 1947 S.C.R. 283; *Borris c. Sun Life Ass.*, 1944 B.R. 537; *Grobstein c. Kouri*, 1936 S.C.R. 264; *Hubert c. Martin*, 1951 C.S. 309; *Williams c. Penny*, 1968 C.S. 6; *Marchand c. L'Alliance*, 1967 B.R. 895; *Marchand c. Mutual Life*, 1968 C.S. 215). A cette liste impressionnante, il faut ajouter encore une décision récente (*Morrisette c. Picard*, 1971 C.S. 200) où des principes déjà bien établis ont été appliqués par le tribunal. La révocation du bénéficiaire d'une police d'assurance-vie peut se faire par testament. Les conditions prévues au contrat pour le changement de bénéficiaire ne lient que l'assuré et l'assureur et sont inopposables au nouveau bénéficiaire. C'est là une règle fermement établie. D'autre part, le bénéficiaire peut accepter la stipulation faite en sa faveur après le décès de l'assuré tandis que le droit de révoquer le bénéficiaire s'éteint avec le décès de l'assuré et n'est pas transmis aux héritiers. Ainsi à défaut de changement de bénéficiaire par l'assuré après l'obtention d'un divorce par la bénéficiaire, la police demeure payable à l'ex-épouse (*Lerner c. Blackburn*, 1971 C.S. 385). Les principes tels qu'appliqués ici sont les principes généraux qui gouvernent toute stipulation pour autrui. Enfin notons qu'il semble ressortir de cette dernière décision que, nonobstant l'acceptation par le bénéficiaire, l'assuré aurait toujours pu changer le bénéficiaire dans la mesure

permise par la loi si ce droit lui était réservé dans la police. Il n'y a là rien qui doive surprendre. C'est l'application du principe que le contrat, même s'il constitue une stipulation pour autrui, est soumis à la liberté contractuelle et fait la loi des parties.

Une deuxième application fréquente de la stipulation pour autrui par nos tribunaux se retrouve dans les stipulations d'un contrat de vente en vertu desquelles l'acheteur s'engage à payer le prix à l'acquit du vendeur. Une stipulation existe alors en faveur du tiers qui doit recevoir le prix (*Gravel c. Joncas*, 1971 C.S. 301, suivant jurisprudence bien établie; voir notre *Chronique*, n° 34, 1971 R.G.D. 246) (voir aussi *infra*, n° 72, *Solidarité*).

Enfin, l'application de la stipulation pour autrui connaît une certaine popularité dans les contrats conclus par les administrations publiques. Ainsi la stipulation, contenue dans le cahier des charges du contrat d'entreprise conclu par un entrepreneur en vertu de laquelle ce dernier demeure responsable des engagements des sous-traitants envers les ouvriers et fournisseurs ayant contribué à l'exécution de son propre engagement, constitue une stipulation pour autrui en faveur des ouvriers et fournisseurs. Ceux-ci sont déterminés dans la mesure où ils sont déterminables sans que la détermination du tiers bénéficiaire ne dépende que de la volonté du promettant. En d'autres termes, pour être valable, la stipulation pour autrui doit être faite en faveur d'un tiers dont la détermination ne dépende pas uniquement de la volonté du « promettant ». Dès que cette condition est remplie, il n'est cependant pas nécessaire que le tiers soit déterminé au moment où la stipulation est faite; il suffit qu'il soit déterminable (*Mathieu c. Coderre*, 1971 C.S. 404; comparez avec *J. Bilodeau Ltée c. C.M.C.*, 1929, 46 B.R. 422; *Dufresne Const. Co. c. Dion*, 1934, 57 B.R. 132; *Juneau c. Plamondon*, 1931, 69 C.S. 327). En l'espèce, le choix des tiers-bénéficiaires était fait par des tiers: les bénéficiaires étaient donc déterminables conformément aux conditions posées.

b) *Le quasi-contrat.*

19. *Répétition de l'indû.*

L'action en répétition de l'indû est ouverte contre l'individu qui, exproprié, a reçu une indemnité qui devait « couvrir » et son terrain et le terrain appartenant à un tiers. Le tiers peut réclamer de l'accipiens la part de l'indemnité qui lui revient sans que l'accipiens puisse l'obliger à porter sa réclamation contre le solvens c'est-à-dire l'expropriant. C'est là la décision de la Cour supérieure

dans l'affaire *Brouin c. Rowat* (1971 C.S. 877). C'est là, à notre avis, une nouvelle dimension du quasi-contrat résultant de la réception d'une chose non due (1047 C.C. et ss.). Nous aurions pu croire que ce quasi-contrat ne jouait qu'entre le solvens et l'accipiens. Toutefois il n'est pas déraisonnable de penser que l'art. 1047 C.C. qui crée l'obligation de restituer à celui qui a reçu ce qui ne lui était pas dû, permet l'interprétation adoptée par la Cour supérieure puisque l'art. 1047 C.C. ne précise pas en faveur de qui existe l'obligation de restituer: « celui qui reçoit . . . est obligé de le restituer ». De toutes façons, nous préférons cette solution à celle qui se serait raccrochée à l'enrichissement sans cause (voir *infra*, n° 19).

D'autre part, les obligations de l'accipiens varient selon qu'il est de bonne foi ou de mauvaise foi. D'où l'importance de savoir quand il y a mauvaise foi. En principe, la bonne foi doit se présumer (2202 C.C.). Les prétentions d'un autre sur l'objet du paiement peuvent généralement constituer l'accipiens en mauvaise foi. Mais il n'en est pas toujours nécessairement ainsi, surtout lorsque toutes les circonstances du paiement permettent à l'accipiens de croire que c'est lui qui a raison dans ses prétentions. Si l'accipiens est de bonne foi, il n'est pas tenu au remboursement des profits. C'est dire que s'il s'agit d'une somme d'argent, il ne devra les intérêts qu'à compter du jugement qui le condamne à restituer (*Brouin c. Rowat*, précité). Il est intéressant de noter en outre que le tribunal n'a pas condamné l'accipiens à payer les frais, parce qu'il était de bonne foi. Enfin, le tribunal a énoncé, à bon droit, que la prescription du recours en répétition de l'indû était la prescription trentenaire (2242 C.C.). C'est là un principe reconnu (*Les Ursulines c. Comm. d'écoles de Trois-Rivières*, 1877, 3 Q.L.R. 323). Ce délai de prescription pourrait être modifié en raison de la nature du contrat ou de l'acte en vertu duquel le paiement est fait comme le prétend une certaine jurisprudence, en établissant à cinq ans le délai de prescription de la répétition de l'indû fondée sur un contrat commercial (*United Nations c. Allied Steamship Lines Ltd.*, 1957 C.S. 372; *Elizabeth Shoe Co. Ltd. c. Racine*, 1951 C.S. 342; voir cependant obiter du juge Queen dans l'affaire *N.Y. Central System c. Sparrow*, 1957 B.R. 808, 812).

20. *Enrichissement sans cause.*

Il semble bien que nous soyons destinés à vivre encore longtemps avec cette pseudo-source d'obligations. L'introduction de cette source autonome d'obligations dans notre droit, au chapitre des quasi-contrats, ne se fit pas facilement. Et, à notre avis, il

aurait peut-être mieux valu que ceux qui s'opposaient à la reconnaissance de cette source d'obligations triomphent. Ce n'est sans doute pas sans raison que nos codificateurs et notre législateur, comme leurs contre-parties françaises d'ailleurs, n'ont pas reconnu dans le code civil l'enrichissement sans cause comme une opération juridique autonome.

Il est bien entendu qu'on ne saurait nier l'existence d'un principe fondamental d'équité, en vertu duquel nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui. Mais un tel principe est tellement général qu'il ne peut constituer une source autonome d'obligations, quand bien même elle serait entourée de multiples conditions. Le rôle de ce principe est plutôt de servir de fondement à la législation du code civil. Il est sous-jacent à une foule de principes plus particuliers énoncés au code. C'est sans doute ainsi que nos codificateurs l'avaient compris. Voilà pourquoi ils n'ont jamais cru en l'autonomie de l'enrichissement sans cause. Cela ne les a nullement empêchés d'exploiter ce principe pour en tirer des conséquences pratiques importantes qu'ils ont cristallisées dans des principes de droit positif avec le résultat, qu'à notre avis, l'enrichissement sans cause n'ajoute rien à la réglementation du code civil. Il n'y a aucun problème qui ne trouve sa solution dans les prétendus principes de l'enrichissement sans cause qui ne trouverait pas sa solution parmi les règles édictées dans notre code civil. Combien de fois, par exemple, a-t-on recours à l'enrichissement sans cause alors que la solution pouvait se trouver dans la « gestion d'affaires » ou la répétition de l'indû ? Point n'est surprenant alors de constater qu'à côté de l'enrichissement sans cause on invoque indistinctement les quasi-contrats prévus au code. Ce faisant, on ne fait d'ailleurs que créer de la confusion. Combien de fois, par exemple, ne pourrait-on trouver une solution à un problème en faisant appel aux principes de la responsabilité extra-contractuelle, plutôt qu'en invoquant l'enrichissement sans cause ?

A tout prendre, il nous semble que l'enrichissement sans cause n'ajoute rien juridiquement à notre droit; il permet plutôt de régler plus facilement des problèmes qui, de toutes façons, auraient pu être réglés de la même façon pour des motifs différents. Ce faisant, l'enrichissement sans cause sème plutôt la confusion que la clarté. L'autonomie qu'il prétend avoir ne lui épargne même pas la confusion qui résulte de l'élaboration et de l'application des prétendues conditions auxquelles il est soumis pour être admis comme source d'obligations.

Prenons prétexte de la plus récente décision où l'on a invoqué l'enrichissement sans cause afin de résoudre un problème, pour illustrer les critiques que nous venons de formuler. Il s'agissait, en l'espèce, d'un locataire à qui le locateur avait promis un long séjour dans les lieux loués, encore qu'il ait refusé de signer un bail pour une certaine période de temps. Cette promesse était importante pour le locataire qui devait faire des améliorations importantes au logement pour le rendre habitable. Sitôt les réparations faites, le locateur donna au locataire l'avis exigé par la loi dans le cas d'un bail à durée indéterminée, payable au mois, et lui demanda de quitter les lieux. Le tribunal, tout en reconnaissant le droit du locateur de mettre fin au louage, chercha néanmoins un moyen de permettre au locataire de récupérer la valeur des améliorations qu'il avait faites aux lieux loués. Fort embêté par l'art. 1640 C.C. qui laisse au locateur le choix de payer ou non les améliorations qui ne peuvent être enlevées, le tribunal invoqua l'enrichissement sans cause pour condamner le locateur à payer la valeur des améliorations (*Voyer c. Poulin*, 1971 R.L. 179 (C. prov.)). Pourtant le tribunal fit grand état de la mauvaise foi du locateur et de l'abus de confiance dont il s'était rendu coupable envers le locataire. Ne s'agissait-il donc pas d'un cas de responsabilité qui tombait sous le coup de l'art. 1053 C.C., plutôt que d'un cas d'enrichissement sans cause ? L'on a ici un exemple frappant de l'utilisation du prétendu quasi-contrat d'enrichissement sans cause, alors qu'il s'agissait d'un problème qui pouvait trouver facilement sa solution dans les principes de la responsabilité extra-contractuelle.

c) *La responsabilité civile.*

21. *Domaine de la responsabilité contractuelle.*

Comme nous le soulignons déjà (voir n° 37, 1971 R.G.D. 250), nos tribunaux reconnaissent maintenant de plus en plus le caractère contractuel de l'obligation de sécurité dans différents contrats. L'obligation contractuelle de sécurité envers la personne est maintenant généralement reconnue en matière de responsabilité médicale (ex. *Cimon c. Carbotte*, 1971 C.S. 622). Elle est également de plus en plus reconnue en matière de responsabilité des exploitants de lieux de loisirs. Ainsi dans la voie tracée par l'affaire *Provost c. Petit* (1969 C.S. 472), il ressort clairement de la décision *Grégoire c. Coutu* (1971 C.S. 603), que la responsabilité de l'exploitant d'une plage ou d'un centre de sports d'hiver contre rémunération (*Bourret c. Bromont Inc.*, 1971 C.S. 834) est de nature contractuelle (voir aussi *Paiement c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*, 1971 C.S. 525,

où le tribunal fait grand état du contrat, sans jamais cependant « contractualiser » la responsabilité). La Cour d'appel, pour sa part, aurait pu emboîter le pas (*Gagnon c. Couture*, 1971 C.A. 848), mais elle ne l'a pas fait, préférant sans doute s'abstenir de qualifier la responsabilité de l'exploitant d'une plage. Par ailleurs, même si l'on se refuse présentement à reconnaître l'existence d'une obligation contractuelle de sécurité à la charge du locateur de chevaux (voir 1971 R.G.D. 266, n° 48, *Léon c. Lavigne*, 1971 C.S. 453), il ne fait aucun doute dans notre esprit que l'on changera d'attitude très bientôt lorsqu'on se rendra compte de la futilité de l'art. 1055 C.C. pour résoudre les problèmes entre le locateur et le locataire. Éventuellement, on devrait aussi contractualiser l'obligation de sécurité de l'employeur, ce qu'on ne fait pas présentement (*Lake c. Kamateros*, 1971 C.A. 496; *Turmel c. Beaudet*, 1971 C.A. 873; *Turenne c. Modern Bldg. Cleaning Service*, 1971 C.S. 259; *Tétreault c. Côté*, 1971 C.S. 342). Dans tous ces cas, en effet, la sécurité du contractant découle de la nature du contrat (1024 C.C.) et la violation de cette obligation de sécurité ne peut entraîner que la responsabilité contractuelle (voir *infra*, n° 22, *Cumul et option des régimes de responsabilité*).

Cette obligation de sécurité n'est toujours, dans ces cas, qu'une obligation de moyens ou de diligence: le fardeau de la preuve demeure donc, comme dans les cas de responsabilité médicale où le patient doit prouver la faute du médecin, sur les épaules de la victime c'est-à-dire le créancier.

L'une des conditions d'application du régime de la responsabilité contractuelle veut que le contrat violé doit exister entre la victime et le responsable. Sinon, il ne peut s'agir que de responsabilité extra-contractuelle. Il faut toujours prendre garde de respecter le principe de la relativité des effets du contrat. D'où le problème suivant: celui à qui est confié, par contrat, l'entretien d'un chemin ou d'un trottoir est-il responsable de ses fautes d'entretien uniquement envers son co-contractant (relativité du contrat), ou est-il responsable également envers les tiers, victimes de ses fautes? Nos tribunaux ont répondu fréquemment à cette question de la façon suivante: la victime qui subit des dommages en raison du défaut d'entretien de l'entrepreneur a un recours direct contre l'entrepreneur sur une base extra-contractuelle (1053 C.C.); elle conserve aussi son recours contre celui qui a confié l'entretien du chemin ou du trottoir à un entrepreneur indépendant parce qu'on ne saurait se dégager de sa responsabilité en en chargeant un autre. Il s'agit encore ici d'une responsabilité extra-contractuelle, s'il n'y

a pas de contrat. C'est donc dire qu'en fait la victime peut poursuivre l'un ou l'autre à son choix sans que ni l'entrepreneur, ni son co-contractant ne puisse lui opposer l'existence d'un contrat d'entreprise pour l'entretien. Contre l'entrepreneur, la victime n'invoque le contrat d'entreprise que comme un pur fait: le principe de la relativité est sauvegardé. Le défaut d'entretien constitue un quasi-délit à l'égard des tiers. Du reste, répétons-le, le recours de la victime est extra-contractuel dans les deux cas (*Giguère c. Samson*, 1971 C.A. 713; *Prince c. Continental Asphalt Inc.*, 1971 C.S. 862; *Boucher c. Drouin*, 1959 B.R. 814).

22. *Option et cumul des responsabilités.*

Depuis l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Ross c. Dunstall* (62 S.C.R. 393), nos tribunaux répètent sans fin que la responsabilité contractuelle peut se doubler d'une responsabilité extra-contractuelle ou délictuelle. C'est sans doute pourquoi ils se permettent souvent de situer indistinctement leurs décisions en matière de responsabilité tant sur le plan délictuel que sur le plan contractuel. Cette confusion, bien qu'agaçante et fortement critiquable (voir nos propos, 1971 R.G.D. 250, n° 37), demeure néanmoins sans conséquences pratiques. Il reste que nous voyons difficilement comment l'on peut invoquer simultanément, à l'occasion d'un contrat de transport, les art. 1675-1053 et 1054 C.C. (*Belmont Textile Co. c. Husband Transport Ltd.*, 1971 C.S. 232).

Si cependant l'on doit conclure d'une décision comme celle-là et de toutes celles qui lui ressemblent, et c'est là l'un des dangers de telles décisions comme nous le verrons, qu'un plaideur peut cumuler les deux régimes pour en extraire les règles qui, dans chaque régime, lui paraissent les plus profitables (problème du cumul) ou qu'un plaideur peut opter simplement pour le régime qui lui plaît le mieux, nous devons nous opposer fortement. Nous devons d'ailleurs nous opposer à la confusion apparemment insignifiante des deux régimes de responsabilité, confusion dans laquelle on se complait, sous prétexte que la solution d'un litige n'en est pas affectée. Car c'est justement ce recours que l'on fait indistinctement à l'un ou à l'autre des deux régimes de responsabilité, comme dans la cause ci-dessus, qui est à la base de cette fausse croyance que notre jurisprudence accepte le cumul et l'option des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle. A la vérité, l'étude attentive de la jurisprudence québécoise nous enseigne qu'en réalité nos tribunaux n'admettent ni le cumul, ni

l'option (voir P. A. CRÉPEAU, 1962, 22 *R. du B.* 501, 528 et ss.). En effet, dans tous les cas où la question du cumul ou de l'option était déterminante pour la solution du litige, le tribunal s'est toujours refusé à l'admettre, préférant analyser étroitement les relations entre les parties pour finalement choisir objectivement le régime applicable. Ainsi, par exemple, dans des causes récentes où la distinction entre les deux régimes importait quant à la compétence du tribunal ou quant à la prescription applicable, le tribunal a refusé d'admettre le cumul (*Lambert c. The Royal Trust Co.*, 1968 C.S. 75; *Michaud c. Larochelle*, 1970 C.A. 119). L'on doit bien mentionner que le juge Rivard s'est prononcé déjà pour le cumul (*Roa c. Limoges*, 1963 B.R. 924), mais là comme dans nombre d'autres espèces, cette affirmation n'avait aucune importance pour la solution du litige.

En définitive, comme le professeur Crépeau le souligne, les tribunaux admettent le cumul ou l'option, en ce sens seulement qu'il est possible « pour le demandeur qui, ne sachant pas au juste si la responsabilité du défendeur est contractuelle ou délictuelle et qui ne voulant pas prendre la chance de se voir débouter de sa demande, invoque dans sa déclaration le régime contractuel et, subsidiairement, le régime délictuel de responsabilité, afin que si le tribunal écarte le recours contractuel, le demandeur puisse toujours invoquer le moyen subsidiaire fondé sur les art. 1053 et ss. C.C. Dans ce sens précis, le cumul des moyens est, sinon théoriquement justifiable, tout au moins excusable en pratique... » (1962, 22 *R. du B.* 471). Ce cumul est permis aux plaideurs. Mais, à notre avis, il ne peut être permis aux tribunaux. Car il faut bien le dire: si nos tribunaux ne se permettent pas d'accepter le cumul et l'option stricto sensu, ils acceptent facilement ce cumul permis aux plaideurs (ex.: *Belmont Textile c. Husband Transport*, précité). A notre avis, même ce cumul n'est pas acceptable dans le jugement d'un tribunal. Celui-ci devrait déterminer le régime applicable selon les critères objectifs qui lui sont fournis pour ce faire. Dès que la responsabilité provient de la violation d'une obligation contractuelle et que le litige a lieu entre les contractants, il ne peut être question d'autre chose que de responsabilité contractuelle. Si toutes ces conditions ne sont pas remplies, il ne peut s'agir évidemment que de responsabilité extra-contractuelle. Ce n'est que par le respect de ces principes que nos tribunaux cesseront de faire croire faussement qu'ils admettent le cumul et l'option des régimes de responsabilité. Chaque chose à sa place et une place pour chaque chose: « mais dès lors qu'on relève un rapport contractuel, l'action

doit être ex contractu et, à moins de méconnaître sciemment l'effet des libres conventions licites, la faculté de choix (ou de cumul) entre le contrat et le délit me paraît *juridiquement inadmissible* » (juge Bissonnette, dans *X c. Mellen*, 1957 B.R. 389, à la p. 410).

23. *Notion de faute, en général. Applications.*

Une décision récente de la Cour d'appel (*Lachute Golf & Country Club Ltd. c. Leseize*, 1971 C.A. 385) a fourni au juge Brossard l'occasion de bien préciser la notion de faute. Non pas qu'il s'agisse d'une définition nouvelle. Au contraire. Mais l'explication du juge Brossard a retenu notre attention en raison de sa clarté et de sa précision. Commettre une faute, c'est ne pas se conduire en bon père de famille. Ne pas se conduire en bon père de famille, c'est ne pas prévoir ce qui est normalement prévisible. Et M. le juge Brossard nous explique ce qu'est la « prévisibilité » : « la prévisibilité d'un accident ne dépend pas du nombre de fois qu'il s'est produit mais du danger apparent que des circonstances connues le rendent raisonnablement possible; deux éléments, entre autres, de ce danger apparent sont la répétition ou la continuité des circonstances qui le créent, et le fait qu'un simple moment, presque inévitable, d'inattention suffise pour entraîner la réalisation du risque » (p. 392).

Ainsi commet une faute le patron qui maintient sur ses planchers des tapis de jute sans les fixer au plancher (aff. *Lachute Golf & Country Club Ltd.*, précitée). De même, commet une faute le propriétaire de lignes de transmission électrique qui ne prend pas les précautions suffisantes pour protéger le public, compte tenu du fait que ces lignes sont situées dans un champ très fréquenté à proximité d'habitations (*La Commission Hydro-électrique de Québec c. Thériault*, 1971 C.A. 413). Celui qui procède à des opérations de dynamitage doit agir avec prudence et tenir compte de toutes les circonstances, c'est-à-dire de la résistance du sol et de ses caractères, de la charge employée, de la proximité des immeubles, etc. (*Brassard c. Proc. gén. du Québec*, 1971 R.L. 535; cette cause contient une excellente étude des règles de l'art. à suivre pour faire des travaux de dynamitage). Par ailleurs, on a jugé que l'entrepreneur qui arrose un champ avec un herbicide dommageable pour le champ voisin est responsable des dommages. On a aussi retenu la responsabilité de celui qui avait engagé l'entrepreneur (*Beauregard c. Martin*, 1971 C.S. 362). Dans les deux cas, le tribunal a fait preuve d'un laconisme excessif sur les motifs de la responsabilité.

Il a bien affirmé qu'il y avait faute, mais il n'a guère expliqué pourquoi. Si on pouvait reprocher à l'entrepreneur d'avoir choisi d'arroser dans des conditions climatiques défavorables, on ne pouvait en tenir le maître responsable puisqu'il n'était pas un commettant. Pouvait-on alors reprocher à ce dernier d'avoir choisi un herbicide dommageable pour les tomates du voisin ? Nous nous permettons d'en douter. La causalité entre le choix de l'herbicide et le dommage subi par le voisin nous apparaît indirecte. En toute hypothèse, le jugement du tribunal nous semble insuffisamment motivé sur la question de la responsabilité du maître, dès lors que le tribunal avait admis que l'entrepreneur n'était pas un préposé du maître.

24. *Voies de fait. État de nécessité. Légitime défense. Risques.*

En principe, celui qui se porte à des voies de fait sur la personne d'un autre commet un délit qui engage sa responsabilité civile. Toutefois celui qui est attaqué se trouve dans un état de nécessité et il peut se défendre. La légitime défense constitue, en effet, un moyen d'exonération tant en droit civil qu'en droit criminel. La conduite de celui qui se défend doit être appréciée à la lumière du critère du bon père de famille. En d'autres termes, il doit se défendre comme le ferait le bon père de famille ou l'homme avisé ou prudent placé dans les mêmes circonstances.

C'est donc dire que, dans certains cas, celui qui se défend peut être appelé à supporter une part de responsabilité s'il a employé une force ou des moyens abusifs. Mais il ne saurait aucunement engager sa responsabilité s'il ne se sert que de la force nécessaire et des moyens qui, dans les circonstances, auraient paru normaux pour un individu avisé placé dans les mêmes conditions. Ainsi on ne saurait tenir rigueur au bon père de famille d'utiliser une arme à feu dans certaines circonstances particulièrement angoissantes pour celui qui veut défendre son intégrité physique et celle des siens et son bien, même si les agresseurs ne présentaient pas d'armes à feu (*Chevrette c. Asselin*, 1971 C.S. 748).

Dans une autre espèce, on a jugé que deux individus qui se bousculaient, participaient à la même faute et que si le hasard voulait que l'un perde l'équilibre dans la bousculade et se blesse en frappant une table, il ne pouvait tenir l'autre responsable. Il bousculait à ses risques. Toutefois, le tribunal a rejeté l'action sans frais (*Proulx c. Bergeron*, 1971 R.L. 564).

25. *Notion d'intrus.*

Nous avons déjà exprimé notre opinion sur l'utilisation dans notre droit de la notion d'intrus (voir notre *Chronique*, n° 40, 1971 R.G.D. 257). Une fois de plus, la Cour d'appel a condamné la distinction que l'on trouve dans une certaine jurisprudence québécoise entre le « tressasser, le licensee et l'invitée ». Cette distinction n'appartient pas au droit de la province de Québec (*Riel c. Murren Co. Ltd.*, 1971 C.A. 367, 371). La Cour d'appel était fort aise, dans l'espèce, de condamner cette importation, puisque la présence de l'enfant, victime d'un accident sur la propriété d'autrui, était connue et permise par le représentant du propriétaire. Nous approuvons pleinement l'attitude de principe prise par la Cour d'appel. Espérons seulement qu'on reniera encore la notion du « tressasser » même dans les cas plus difficiles. Au lieu de parler d'intrus, il sera toujours mieux d'invoquer les notions et concepts juridiques qui nous sont propres, comme ceux de « cas fortuit », de « prévisibilité » et de « faute ».

Ainsi n'aurait-il pas été plus conforme à notre droit de dire qu'un enfant commet une faute lorsqu'il s'aventure sur la propriété d'autrui à l'encontre des ordres reçus ou encore que le dommage survenu à l'enfant était imprévisible pour le propriétaire et dû plutôt au défaut de surveillance de ses parents, plutôt que de faire appel à la notion d'intrus comme l'a fait encore récemment une certaine jurisprudence (*Cloutier c. Golf de Beauce Inc.*, 1971 C.S. 533) (voir aussi *infra* n° 43, *Application de la présomption de faute du conducteur d'une automobile*) ?

26. *Responsabilité de l'avocat.*

L'avocat qui laisse prescrire l'action qu'un client lui a confiée engage sa responsabilité. Mais le succès de l'action contre l'avocat dépend du succès qu'aurait obtenu l'action prescrite. En d'autres mots, si l'action prescrite était une action en dommages, elle devra maintenant être intentée contre l'avocat qui l'a laissée prescrire. Et le demandeur, en plus de prouver la faute de l'avocat, doit établir tous les éléments de sa première action. En conséquence, on fera déduction dans le jugement prononcé contre l'avocat de la part de responsabilité du client dans l'accident en vertu duquel il voulait réclamer dans l'action que l'avocat a laissée prescrire (*Beaupré et Beaupré c. Joly*, 1971 C.S. 199).

Un autre domaine propice à la responsabilité de l'avocat est celui de l'exécution forcée d'un jugement payé. Ainsi l'avocat du créancier payé qui n'arrête pas les procédures en exécution et la vente des biens saisis est solidairement responsable avec le créancier des dommages encourus par le débiteur (*Blackburn c. Elmhurst Investment and Loan Corp.*, 1971 C.S. 240; voir aussi *Bertrand c. Ace Finance Corp. Ltd.*, 1970 C.S. 493).

27. Responsabilité du notaire.

Le notaire qui ne fait pas enregistrer l'avis d'adresse du créancier hypothécaire, en même temps que l'acte d'hypothèque, est en faute et engage, en principe, sa responsabilité (voir par ex. *Hamel c. Lebrun*, 1969-70, *R. du N.* 150). Toutefois, même s'il est fautif, il n'est plus responsable si le créancier hypothécaire lui-même avait changé d'adresse, un an avant la vente de l'immeuble par le shérif, sans faire enregistrer sa nouvelle adresse (*Voghel c. Leduc*, 1971 C.S. 191). Il n'y a pas lien de causalité entre la faute du notaire et les dommages subis par le créancier. Du reste, le créancier ne peut se contenter de prouver l'omission du notaire; il doit prouver un préjudice, preuve qu'il ne réussira que s'il démontre que ses droits contre le débiteur hypothécaire sont devenus illusoires en raison de l'insolvabilité de ce dernier. Sans cette preuve d'insolvabilité ou de tout autre préjudice, la faute du notaire demeure sans conséquence.

28. Responsabilité du médecin.

Le médecin n'a qu'une obligation de moyens tant en matière de diagnostic qu'en matière de chirurgie ou de traitements. Ainsi on ne peut reprocher au médecin de ne pas avoir conclu à un cancer du sein dès le premier examen. La cliente devait, elle aussi, participer au diagnostic et continuer de se faire suivre après la première visite si dans les circonstances, on pouvait être très incertain, au début, sur le diagnostic à porter (*Cimon c. Carbotte*, 1971 C.S. 622). Cette cause présente un autre aspect intéressant. Selon les dires de la cliente, le médecin aurait admis sa responsabilité. Le tribunal ne semble pas avoir accepté cette prétention. Mais il a néanmoins rejeté l'action sans frais parce que le médecin aurait fait croire à sa responsabilité par ses réactions ambiguës.

Le développement de la science médicale est exigeant pour les médecins. Celui-ci, on le sait, doit fournir des soins attentifs, conformes aux données acquises de la science. Ainsi le médecin sans expérience dans un domaine commet une faute s'il commence un

traitement sans consulter un spécialiste (*Daoust c. La Reine*, 1969, 2 Ex.C.R. 129).

29. *Responsabilité pour abus de procédures judiciaires criminelles et civiles.*

Il n'est pas permis de dénoncer et d'accuser quelqu'un sans d'abord prendre les précautions raisonnables pour s'assurer du bien-fondé des soupçons que l'on a. La bonne foi chez l'accusateur, n'est pas, à elle seule, un bon moyen de défense. Encore faut-il s'abstenir de toute imprudence et de toute négligence. Faire une dénonciation et obtenir un mandat de perquisition constituent des actes fautifs lorsque ces procédures et accusations sont faites alors qu'aucune enquête complète n'a été faite, si l'accusation s'avère fausse. En l'occurrence, le défendeur qui, pour certaines raisons valables, croyait que le demandeur avait volé certains objets aurait dû, selon le tribunal, demander des explications au demandeur sur la possession des objets, avant de porter des accusations. En négligeant de procéder ainsi, il commettait une faute qui entraînait sa responsabilité, en dépit du fait qu'il croyait fermement de bonne foi que les objets avaient été volés. En fait, ce que le tribunal reproche au défendeur, c'est de s'être convaincu trop hâtivement qu'il y avait eu vol (*Houde c. Les Piscines Val-Mar Ltée*, 1971 R.L. 222).

En matière civile, sera responsable le créancier à qui est payé une saisie, s'il n'arrête pas les procédures d'exécution et la vente des biens saisis (*Blackburn c. Elmhurst Investment and Loan Corp.*, 1971 C.S. 240). Ce jugement présente aussi un intérêt certain quant à la détermination des dommages qui peuvent être réclamés dans un tel cas.

30. *Responsabilité dans la pratique des sports. Hockey. Golf.*

Même s'il s'agit d'une espèce de droit pénal, les principes qui y sont énoncés s'appliquent en droit civil (*La Reine c. Prénoveau*, 1971 R.L. 21). Le joueur de hockey qui s'attaque délibérément à un adversaire ou à l'arbitre dépasse les bornes et engage sa responsabilité tant civile que pénale. Peu importe le feu de l'action, comme le souligne le juge, si un individu est incapable de maîtriser son tempérament, il n'a pas sa place dans une partie de hockey. Les règlements d'une ligue de hockey qui permettent de sévir contre un tel joueur qui, en s'attaquant ainsi aux autres, contrevient aux règles du jeu, ne sauraient enlever aux tribunaux civils et criminels

leur juridiction, même si le joueur est puni par la ligue, sévèrement ou non.

Nous voulons prendre prétexte d'un arrêt récent de la Cour d'appel (*Pérusse c. Giard*, 1971 C.A. 336, résumé) pour étudier brièvement la responsabilité des golfeurs. Dans l'arrêt précité, la victime a été frappée alors qu'elle se trouvait entre deux allées (fairways) séparées par des arbres et de l'herbe longue. Ces deux allées se jouaient dans des directions opposées. La victime fut frappée par une balle provenant d'un joueur de l'autre allée. Il semble ressortir de la preuve que la victime n'a pas été vue par l'autre joueur qui avait pris les précautions normales dans les circonstances. En d'autres termes le défendeur n'avait pas commis de faute. A ce titre, la décision de la Cour d'appel et de la Cour supérieure était bien fondée dans l'espèce. On a même ajouté que la victime était présumée avoir accepté les risques ordinaires et apparents inhérents au golf et à l'utilisation du terrain. Si l'on voulait seulement dire par là que le défendeur n'avait pas commis de faute, ce qui semble être le cas, cette proposition est acceptable. Mais si l'on veut dire qu'en jouant au golf on accepte les risques de se faire frapper, par une balle, écartée ou non, c'est aller beaucoup trop loin. Les règles d'étiquette et le bon sens exigent évidemment qu'on fasse attention de ne pas frapper les autres.

Ainsi, par exemple, il ne fait aucun doute que celui qui frappe un joueur qui le précède, engage sa responsabilité. Il est imprudent car il ne doit pas frapper tant qu'il peut exister un danger. Il sera même responsable s'il juge mal la distance ou s'il se surprend en frappant un coup exceptionnel. Il n'est pas permis de prendre des risques. Cette responsabilité incombe même au joueur qui joue sur la mauvaise allée. Peu importe la provenance du joueur; celui qui s'apprête à frapper doit s'assurer qu'il ne peut frapper un autre. Nous irions jusqu'à tenir responsable celui dont la balle irait frapper une autre personne sur une allée voisine à la suite d'une déviation involontaire de la balle. Tout compte fait, le golfeur doit voir ce qui est visible. Et même si le golf peut être un sport difficile à maîtriser, le golfeur est responsable de ses mauvais coups et des balles qui dévient, à moins que la victime ne soit elle-même en faute, en se plaçant trop près de celui qui s'apprête à frapper ou en faisant irruption subite devant le golfeur qui avait commencé son élan. Sous réserve de ces possibilités, nous croyons qu'en principe c'est le golfeur qui accepte les risques de ses coups imparfaits plutôt que celui qui se fait frapper. Et si cela doit signifier qu'un

golfeur qui ne veut prendre absolument aucun risque d'expédier sa balle sur une autre personne, ne frappera que lorsqu'il a la certitude qu'il ne peut frapper personne, qu'il en soit ainsi. C'est lui qui calcule les risques de son coup. S'il se trompe, il engage sa responsabilité.

31. *Responsabilité des exploitants de lieux de loisirs.*

Constitue une faute de la part de l'exploitant d'une plage le fait de n'exercer aucune surveillance malgré le grand nombre de baigneurs, et de ne pas voir à la protection de ceux-ci en ne les avertissant pas du danger latent que la plage présentait (dénivellement abrupt du lit ou quai en ciment submergé) et en n'ayant pas sur place les moyens de secours usuels pour les baigneurs en détresse (*Gagnon c. Couture*, 1971 C.A. 848; *Grégoire c. Coutu*, 1971 C.S. 603). Constitue une faute le fait de créer une situation dangereuse en laissant un radeau dans un endroit où la quantité d'eau peut constituer une trappe (*Paiement c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*, 1971 C.S. 525). Il faut dire que la responsabilité de l'exploitant n'empêche pas la responsabilité du client baigneur. Celui-ci doit aussi, pour sa part, être vigilant. Constitue une faute de la part de l'exploitant d'un centre de sports d'hiver d'aménager une glissoire de traîne-sauvage au bas de laquelle se trouve un parapet qui laisse croire qu'il arrêtera la course des glisseurs et qui ne remplit pas adéquatement son rôle (*Bourret c. Bromont Inc.*, 1971 C.S. 834) (voir aussi *supra* n° 21, *Domaine de la responsabilité contractuelle*).

32. *Responsabilité de l'entrepreneur sur un chantier de construction.*

L'entrepreneur général, chargé d'un chantier de construction, doit prendre des mesures de sécurité raisonnables pour protéger tous les ouvriers sur le chantier. Il ne peut se contenter de donner des conseils aux sous-entrepreneurs et il ne peut s'en remettre à leur compétence et à leur habileté. Ainsi l'entrepreneur sera tenu responsable de l'accident survenu sur le chantier s'il a négligé de prendre lui-même les dispositions pour éviter la chute de morceaux de métal sur le sol, en provenance des étages supérieurs, même si l'ouvrier qui a causé l'accident est employé par un sous-entrepreneur (*Bell Canada c. E.G.M. Cape & Co. Ltd.*, 1971 C.A.; voir aussi *E.G.M. Cape & Co. Ltd. c. Marcil*, 1970 C.A. 599; *St-Louis c. Goulet*, 1954 B.R. 185; *Cité de Sherbrooke c. Roy*, 1966 B.R. 239; *Cado-*

rette c. Caron, 1964 B.R. 523, pour d'autres applications de ces principes).

33. *Responsabilité de l'employeur envers ses employés.*

Un employeur se doit de protéger son employé contre les dangers raisonnablement prévisibles résultant de l'exercice de ses fonctions, sans toutefois en être l'assureur (*Lake c. Kamateros*, 1971 C.A. 496). Cette obligation de sécurité doit également être remplie par ceux qui sont en mesure de connaître les dangers que peut courir un co-employé et qui sont chargés d'exécuter des fonctions qui peuvent s'avérer dangereuses, comme celle d'alimenter un réchaud à l'alcool de bois (*Lake c. Kamateros*, précité) ou celle de maintenir des tapis de jute non fixés au plancher (*Lachute Golf & Country Club c. Lesage*, 1971 C.A. 385). Cette obligation de l'employeur signifie aussi qu'il doit procurer à ses employés des outils sans défaut. Ainsi celui qui engage un étudiant inexpérimenté pour casser du fer ou des boulons en frappant sur un ciseau à froid commet une faute s'il lui donne un outil en mauvais état et ne lui procure pas des lunettes de sécurité (*Tunnel c. Beaudet*, 1971 C.A. 873). Sans doute que, dans cette espèce, si l'éclat ou le morceau avait frappé l'employé ailleurs que dans l'œil, on aurait dû se contenter du mauvais état de l'outil comme élément de responsabilité. Les lunettes auraient été bien inutiles si l'éclat s'était logé dans la gorge, le cou ou la poitrine !

Chose certaine, l'employeur doit toujours fournir des outils sans défaut à ses employés. Il est même responsable des défauts latents ou cachés qui affectent les outils; il ne peut se satisfaire de vérifier leur état apparent. S'il s'agit d'un escabeau de 8 ou 9 ans, l'employeur doit l'éprouver, le vérifier ou le faire vérifier. C'est là toute la signification de son obligation de sécurité et des précautions ordinaires qu'il doit prendre (*Tétreault c. Côté*, 1971 C.S. 342).

L'obligation de sécurité à la charge de l'employeur, obligation dont on devrait reconnaître, du reste, le caractère contractuel (voir *supra*, n° 21, *Domaine de la responsabilité contractuelle*), l'oblige même à protéger l'employé contre sa propre négligence (*Turenne c. Modern Bldg. Cleaning Service*, 1971 C.S. 259). Toutefois, cette obligation ne va pas jusqu'à relever l'employé de ses propres fautes, car celui-ci doit aussi se rendre compte des dangers auxquels il fait face, lorsque cela est possible, et il doit prendre les mesures de sécurité et de prudence qui s'imposent. Sinon il aura commis une faute contributive qui permettra à l'employeur de faire réduire sa responsabilité (*Tunnel c. Beaudet*, précité).

34. *Responsabilité à raison de l'entretien des chemins. Obstruction de chemin.*

La responsabilité à raison de l'entretien des chemins publics pose parfois des difficultés quant à la détermination du responsable. Si le responsable est généralement celui qui doit voir à l'entretien d'un chemin, il n'est pas facile de déterminer à qui incombe cette obligation dans certains cas, en raison des différentes dispositions qui traitent de la question dans le Code municipal (art. 453 et 478) et dans la loi sur la voirie (art. 35 et 95, ch. 133, S.R.Q. 1964, S.Q. 1966-67, ch. 48, art. 14). Il ressort de ces dispositions qu'en tout état de cause, si le gouvernement par l'un de ses ministères (ex. voirie) se charge de l'entretien d'un chemin municipal, il doit porter la responsabilité de la faute de ses employés (art. 95, loi de la Voirie). Et, dans ce cas, les stipulations du Code municipal (art. 453 et 478) qui décrètent la non-responsabilité des municipalités dans certains cas ne sauraient profiter à la Couronne; ces stipulations ne profitent qu'aux municipalités (*Jean c. Le Procureur général du Québec*, 1971 R.L. 193; voir aussi *Berthold c. Municipalité de Rock Forest*, 1971 R.L. 144). Par ailleurs, la responsabilité du ministère de la Voirie, dans ce même cas n'enlève pas à la corporation municipale ses propres responsabilités (art. 95, in fine, loi de la Voirie) (*Boissonneault c. Le Canton de Windsor*, 1971 R.L. 139, 141).

Ces problèmes de juridiction résolus, la question de la responsabilité à raison de l'entretien des chemins ne diffère pas d'une espèce à l'autre, que la responsable soit la corporation municipale ou la Couronne. Les principes sont toujours les mêmes. L'obligation d'entretenir un chemin oblige celui qui y est tenu à l'entretenir en bon état et à avertir, du moins, les usagers des endroits dangereux [crevasse de 16-17 pouces qui traverse le chemin pendant la période de dégel: *Boissonneault c. Le canton de Windsor*, 1971 R.L. 139, où l'on a tenu la corporation responsable même si elle avait placé un drapeau, étant donné que celui-ci, pour des raisons inexplicables, gisait dans le fossé lors de l'accident; ou encore un trou important sur un chemin public (*Jean c. Le Procureur général du Québec*, 1971 R.L. 193); ou encore le danger créé par l'état glacé de la chaussée causé la nuit par le gel de la fonte du jour (*McNicoll c. Le Procureur général du Québec*, 1971 R.L. 490)]. Cette obligation d'entretien n'est pas différente pour l'entrepreneur à qui est confié le travail: on ne peut lui demander d'être partout à la fois (*Prince c. Continental Asphalte Inc.*, 1971 C.S. 862). Du reste, si

l'entrepreneur n'est pas chargé de l'entretien des fossés, il ne saurait en être responsable. C'est la Couronne qui continuera de répondre du mauvais état et mauvais fonctionnement des fossés (*Prince c. Continental Asphalte*, précité).

L'obligation d'entretien possède ses limites. La municipalité ne saurait être responsable automatiquement de toutes les imperfections de la route. Si l'obstacle, en l'occurrence une bosse, est visible le jour et peut être facilement évité, il ne constitue plus une trappe et il n'est pas nécessaire de le signaler à moins que la bosse ne soit anormalement grosse et prononcée (*Berthold c. Municipalité de Rock Forest*, 1971 R.L. 144).

D'autre part, sans être tenue à l'entretien d'un chemin, toute personne qui l'obstrue dans des conditions telles que l'obstruction crée un danger, est responsable des dommages qui résultent de son geste. Ainsi sera responsable celui qui obstrue une rue ou partie de la rue par un tas de terre et gravier sans prendre toutes les dispositions nécessaires (lumières clignotantes) pour avertir les usagers de la rue de la présence de l'obstacle (*Silburn c. Antagon Const. Co. Ltd.*, 1971 C.S. 396).

35. *Responsabilité à raison de l'entretien des trottoirs publics et privés.*

Il n'existe aucune présomption de faute ou de négligence contre une corporation municipale résultant du fait qu'on a chuté sur un trottoir, et, a fortiori, sur la chaussée. Cette règle posée par la loi et respectée scrupuleusement par nos tribunaux a été ré-expliquée récemment par la Cour supérieure (*Morin c. Ville de Port Alfred*, 1971 R.P. 208). La victime doit prouver non seulement l'état dangereux du trottoir, mais encore que cet état résultait d'une négligence de la municipalité et que c'est l'état dangereux qui en résultait qui a été la cause de la chute (*Cité de Granby c. Delaney*, 1971 C.A. 380). L'obligation d'entretien de la municipalité implique, pour sa part, que celle-ci doit faire une inspection raisonnablement minutieuse de ses trottoirs (*Giguère c. Samson*, 1971 C.A. 713). Il ressort, par ailleurs, de la décision rendue dans l'affaire *Morin c. Ville de Port-Alfred*, précitée, et de la jurisprudence qui y est citée que les obligations d'entretien de la municipalité ne sont pas les mêmes, en général, quant à l'entretien de la chaussée, sauf aux intersections, que celles relatives à l'entretien des trottoirs. Il semble même qu'à défaut de trottoirs, la municipalité ne soit pas obligée de sabler une partie de la rue, quand bien même les piétons

seraient obligés d'y marcher (*Courtemanche c. City of Jacques Cartier*, 1971 C.S. 192). Cependant tout le monde ne voit pas la chose du même œil. Ainsi, la Cour d'appel a contredit, nous semble-t-il, cette position en édictant que dans une municipalité où il n'y a pas de trottoir, la corporation municipale doit entretenir des passages pour les piétons (*Wesselow c. Town of Chateauguay*, 1971 C.A. 307). Nous voulons bien croire que chaque cas est un cas d'espèce, mais sur cette question, la jurisprudence nous paraît contradictoire. Les lois municipales, dans leur généralité, nous paraissent donner raison à la Cour d'appel (art. 453a C.M.; 622, 7° L.C.V.). Soulignons, enfin, que l'obligation de l'entrepreneur à qui est confié l'entretien des trottoirs par la municipalité n'est pas différente de celle de la corporation municipale (*Giguère c. Samson*, 1971 C.A. 713).

Les principes applicables à la responsabilité des corporations municipales pour l'entretien des trottoirs diffèrent peut-être un peu lorsqu'il s'agit de trottoirs privés. Il est certain qu'on ne peut exiger plus d'un propriétaire privé que d'une corporation municipale; on doit aussi tenir compte des conditions climatiques. Mais il semble que la Cour d'appel ne soit pas prête à être aussi sévère pour le propriétaire privé que pour les municipalités, quoiqu'au niveau des principes, elle ne fasse pas de distinction. Ainsi ce tribunal a-t-il jugé qu'on ne pouvait exiger « de ce maître de maison qu'il protège ses visiteurs contre leur propre inhabileté à se défendre contre les risques d'accidents, que font naître normalement des conditions climatiques qu'ils connaissent et contre lesquelles ils peuvent se prémunir eux-mêmes par une attention plus grande et plus soutenue » sans en faire l'assureur des visiteurs (*Ladora c. Simoneau*, 1971 C.A. 428, 431). Nous sommes parfaitement d'accord avec la décision rendue par la Cour d'appel et avec la sévérité dont elle a fait preuve à l'égard de celui qui a fait une chute. Mais il nous semble que cette sévérité n'est pas aussi rigoureuse lorsqu'il s'agit d'une municipalité et ce, pour deux raisons. Premièrement, dans les circonstances de l'espèce, il aurait été tout aussi facile de tenir le propriétaire responsable, puisque, même dans les conditions révélées par la preuve, il n'avait que de petits bouts de trottoirs à surveiller et non tout un territoire. Deuxièmement, on analysa la situation presque uniquement à travers la conduite de la victime, ce qu'on ne fait pas tellement souvent lorsqu'il s'agit d'une municipalité. Car, en fin de compte, les remarques faites dans cette cause, peuvent généralement s'appliquer à toute personne qui fait une chute: compte tenu des conditions connues et connaissables, toute

personne peut se prémunir contre une chute par une attention proportionnée au danger existant.

En fait, nous n'avons rien à redire à cette décision particulière de la Cour d'appel si ce n'est que lorsque l'accident se produit sur un trottoir public, les règles applicables ne peuvent être différentes.

36. *Diffamation. Occasion privilégiée.*

L'on sait que le défendeur poursuivi en dommages pour diffamation peut s'exonérer en plaçant l'occasion privilégiée. Il n'est pas toujours facile cependant de déterminer quand celle-ci existe. La Cour supérieure a eu l'occasion d'étudier ce moyen de défense, ce qu'elle a fait minutieusement d'ailleurs, dans un long jugement rendu par M. le juge McNicoll, dans une action en diffamation basée sur un discours politique (*Flamand c. Bienvenue*, 1971 R.P. 49). Il est certain que la vie publique doit être soumise à des règles particulières. En principe, un homme public peut invoquer l'occasion privilégiée lorsqu'il parle d'un acte posé par un autre homme public, si l'intérêt public est concerné. La seule vie publique ne saurait cependant permettre à un politicien de bénéficier de l'occasion privilégiée simplement parce qu'il croit que l'occasion de son propos peut être privilégiée. Même un politicien doit d'abord être de bonne foi. Et la bonne foi est incompatible avec l'imprudence ou la négligence qui consiste à ne pas vérifier la vérité des faits dont il veut entretenir des tiers. Le politicien doit faire tous les efforts nécessaires pour rechercher la vérité. Il doit, à tout le moins, prouver positivement qu'il croyait honnêtement que les déclarations qu'il a faites étaient vraies.

En d'autres termes, il ne suffit pas de plaider en défense occasion privilégiée et bonne foi. Il faut prouver au moins une croyance honnête en la vérité des faits avancés; cette croyance honnête doit être précédée, pour être telle, d'une vérification sérieuse des faits qu'on veut dévoiler. Il s'ensuit qu'un politicien ne saurait se justifier simplement en arguant qu'il ne répète que les propos que d'autres ont tenu, eussent-ils été publiés dans la presse. Par où l'on voit que le tribunal a jugé à bon droit qu'on est toujours personnellement responsable des propos que l'on tient.

D'autre part, le défendeur ne saurait non plus se défendre en prétendant que ses propos ont été mal rapportés si d'abord il ne remet aucun texte à la presse et si, par ailleurs, celle-ci rapporte fidèlement le sens général du discours. Enfin lorsqu'il s'agit de

déterminer si des propos sont diffamatoires ou non, il faut se placer dans la peau de ceux à qui ils sont destinés.

37. *Aliénation d'affection.*

Qu'il nous soit permis de réitérer notre opinion selon laquelle le recours en dommages pour aliénation d'affection n'a pas sa raison d'être dans notre droit (voir notre *Chronique*, n° 52, 1971 *R.G.D.* 268). L'expérience juridique démontre que ces recours sont intentés exclusivement par les maris trompés et à peu près jamais par les épouses trompées. Tout en sachant bien qu'en principe un tel recours n'est pas refusé à celles-ci, nous devons néanmoins constater qu'en pratique un tel recours est animé, en grande partie, du même esprit que celui qui, jusqu'en 1954, permettait à l'épouse de demander la séparation de corps pour adultère du mari seulement si celui-ci entretenait sa concubine dans la maison commune. Le recours en aliénation d'affection est, à notre avis, basé, en fin de compte, sur une philosophie qui fait de la femme un objet sans intelligence, sans défense qui n'est pas maître de ses sentiments et affections, voire même qui en fait peut-être un corps certain et déterminé dont le mari acquiert la propriété (voir par exemple, *Laferrière c. Riberdy*, 1874, 5 R.L. 742). Peu importe les arguments plus ou moins subtils employés de nos jours, nous persistons à croire qu'ils veulent cacher cette vérité. A tout le moins on oublie finalement que la femme qui trompe son mari l'a fait volontairement et en pleine connaissance de cause. N'est-elle pas la véritable responsable ? Et à ce titre son geste n'est-il pas suffisamment sanctionné par la séparation de corps ou le divorce ? Nous sommes peu disposés à penser que la possibilité d'un recours en dommages est nécessaire au maintien de la moralité à un niveau acceptable dans notre société. Et il nous semble fort prétentieux de dire que la possibilité pour le mari outragé d'obtenir une indemnité écarte les vengeances particulières. Nous croyons plutôt que l'action en justice elle-même repose sur l'idée de vengeance et de punition de l'un des deux êtres immoraux. Le procès que nous faisons à l'action dite en aliénation d'affection ne s'inscrit pas dans le cadre d'une nouvelle philosophie libertine. Il est très simplement basé sur le fait que s'il y a un responsable, c'est plutôt l'épouse, comme ce serait l'époux si c'était lui qui s'était laissé séduire par une autre femme. L'existence même de la responsabilité du conjoint adultère, ce qu'on ne saurait nier, doit entraîner des conséquences importantes. Le recours en dommages, s'il doit être maintenu, devrait

être dirigé contre le conjoint qui a trompé l'autre. Ou à tout le moins devait-il s'agir de responsabilité solidaire de la part du conjoint et de son complice envers le conjoint trompé ! Car nous avons toujours cru que la tromperie se pratiquait à deux ! Est-ce à dire alors que le complice peut se faire rembourser la moitié des dommages qu'il doit payer au conjoint trompé ou le conjoint qui a trompé ? L'on n'oserait sûrement pas limiter le rôle de la solidarité à expliquer uniquement que le complice peut être condamné même si le conjoint adultère a pris l'initiative des relations illicites. D'autre part, ne crée-t-on pas une solidarité à caractère spécial lorsqu'on prétend que le quantum des dommages doit être mesuré en fonction de l'initiative prise par l'épouse dans l'aventure extra-conjugale ? Nous avons toujours cru que le débiteur solidaire était responsable de tous les dommages envers le créancier quitte à se faire rembourser pour partie ou pour le tout par le co-débiteur !

Tous ces propos ne veulent que faire ressortir le caractère spécialement arbitraire de l'action en aliénation d'affection et ses effets éventuellement farfelus. Et quoiqu'on semble limiter les « dommages » à des sommes qu'on juge raisonnables (\$500), il faut sans doute penser ou bien que l'on veut punir l'intrus ou bien qu'on veut permettre au conjoint outragé de se payer quelques gâteries pour oublier sa peine. Cette deuxième branche de l'alternative peut sans doute servir de fondement à l'indemnisation des dommages moraux, en général, mais elle nous semble hors de propos dans les litiges en aliénation d'affection.

Si l'on veut être plus technique, l'on peut dire que la causalité directe des dommages pour l'aliénation d'affection se retrouve dans le conjoint qui accepte l'aventure extra-conjugale car c'est finalement lui qui, maître de son affection, l'aliène ou la retire à l'un pour la donner à un autre.

Tout compte fait, il nous paraît insuffisant de rejeter des actions dans des cas d'espèces surtout si l'action, de toute évidence est farfelue (*H.C.S.*, C.S. Montréal, 713252, 15 avril 1970, juge Collins, 1971, *C. de D.* 213). Il faudra bientôt remettre en question le fondement de cette action : il ne peut plus suffire de dire que la jurisprudence reconnaît que l'action en aliénation d'affection existe encore dans notre droit comme l'a énoncé la Cour provinciale (*L. c. P.*, 1971 R.P. 152). Il faudra se demander si une telle action est bien fondée comme le juge Casey semble disposer à le faire (*N. c. H.*, 1969 B.R. 348, 349).

38. *Concurrence déloyale.*

La concurrence déloyale est évidemment prohibée par la loi concernant la concurrence déloyale. Mais elle constitue en elle-même un délit ou quasi-délit (1053 C.C.) engageant la responsabilité de celui qui la pratique. En matière commerciale ou industrielle, on ne peut agir ou employer des méthodes d'affaires contraires aux pratiques honnêtes ou aux honnêtes usages industriels ou commerciaux au Canada. Les lois statutaires serviront dans une grande mesure à déterminer ce qui constitue un acte honnête ou malhonnête et, partant, les conditions d'application de l'art. 1053 en matière de concurrence.

Ainsi, en particulier, engage sa responsabilité celui qui fait usage d'une marque de commerce susceptible d'être confondue avec celle d'un concurrent qui avait acquis priorité d'usage de cette marque en l'utilisant le premier (*Hébert & Fils c. Desautels*, 1971 C.A. 285). Par ailleurs cette décision semble nous enseigner que la mauvaise foi de celui qui utilise en deuxième lieu une marque de commerce revêt une importance capitale. Sa responsabilité aurait-elle existé s'il avait été de bonne foi, c'est-à-dire s'il n'avait pas connu la similitude de sa marque et de celle d'un autre et la confusion qui pouvait en résulter ? Peut-être pas ! Mais, de toutes façons, il aurait pu faire l'objet d'une demande en injonction car celle-ci ne dépend pas de la bonne foi ou de la mauvaise foi de l'usurpateur. Du reste, la demande en injonction elle-même le constituerait en mauvaise foi dans la mesure où elle l'avertit de la similitude des marques. C'est dire, en tout cas, que celui qui possède une marque de commerce obtiendra généralement une injonction permanente facilement contre le concurrent déloyal, c'est-à-dire l'usurpateur volontaire ou involontaire de la marque de commerce.

Ceci dit, il faut souligner qu'une condition essentielle au succès d'une action en dommages pour concurrence déloyale ou d'une demande pour l'obtention d'un bref d'injonction lorsqu'il s'agit de marques de commerce ou de dessins industriels, consiste à prouver d'abord que la marque ou le dessin attaqué crée la confusion chez la clientèle actuelle et éventuelle. Cette question de la confusion à laquelle donneraient lieu les deux marques est une question de faits propres à chaque espèce (voir par ex. : *The Canadian Converters' Co. Ltd. c. Eastport Trading Co. Ltd.*, 1969, 1 Ex.C.R. 493; *Carling Breweries (B.C.) Ltd. c. Tartan Brewing Ltd.*, 1969, 1 Ex.C.R. 500; *La Maur Inc. c. Prodan Ind. Ltd.*, 1969, 2 Ex.C.R. 311,

1971 R.C.S. 973; *Old Dutch Foods Ltd. c. W. H. Malkin Ltd.*, 1969, 2 Ex.C.R. 316; *Aladdin Ind. Inc. c. Canadian Thermos Products Ltd.*, 1969, 2 Ex.C.R. 80; *Standard Coil Products c. Standard Radio Corp.*, 1971 C.F. 106; *Kayser-Roth Canada Ltd. c. Fascination Lingerie Inc.*, 1971 C.F. 84).

39. *Usurpation du fonds voisin.*

Usurper le fonds du voisin, volontairement ou par négligence, engage la responsabilité de l'usurpateur. Plus particulièrement, couper du bois sur la propriété d'autrui, consciemment ou inconsciemment, constitue une faute qui oblige son auteur à payer au voisin les dommages causés. Dans ces cas, le problème principal est généralement relatif à la preuve: a-t-on usurpé ou non et jusqu'à quel point le fonds du voisin? Cette preuve nécessitera souvent un bornage préalable à l'action en dommages pour bien déterminer si le défendeur a empiété chez autrui, lorsque le problème se pose entre des voisins. Le bornage n'est pas pour autant une condition préalable absolue à toute action en dommages dans de tels cas. Si les éléments de preuve sont suffisants pour convaincre le tribunal de l'emplacement de la ligne, le bornage ne peut être exigé par le défendeur (*Duclos c. Filteau*, 1971 C.A. 560).

40. *Responsabilité du propriétaire d'un immeuble.*

Le propriétaire d'un immeuble doit l'entretenir pour qu'il ne soit pas source de dommages tant à l'égard des tiers qu'à l'égard de ses locataires. C'est en application de cette règle que le propriétaire doit entretenir les escaliers en bon état afin d'assurer une sécurité relative à ses locataires (*Charron c. Godin*, 1971 C.S. 777). Dans l'espèce, le tribunal a prétendu que le cas tombait sous les dispositions de l'art. 1054 C.C. A notre avis, cette affirmation ne pouvait tenir en raison du fait que, sans qu'il y ait ruine, la chute du locataire était due à la construction inégale de l'escalier. Il appert, du reste, qu'après avoir fait cette affirmation, le tribunal n'en a plus tenu compte, avec raison d'ailleurs, étant donné qu'il n'y avait pas eu fait autonome de la chose, condition essentielle à l'application de l'art. 1054 C.C. (responsabilité du fait des choses). D'autre part, nous croyons qu'en l'espèce, puisqu'il s'agissait de locataire, la cause aurait dû être envisagée sous l'aspect de la responsabilité contractuelle. L'obligation de sécurité du locateur envers ses locataires peut très bien être perçue comme étant une obligation contractuelle implicite de sécurité, découlant de la nature du contrat (1024 C.C.). Il s'agirait d'une obligation de moyens

(voir, 1971 R.G.D. 250, n° 37, *Domaine de la responsabilité contractuelle*): le locataire doit prouver la faute d'entretien du propriétaire. Non pas que cette façon de voir les choses aurait changé quoi que ce soit à la décision rendue; au contraire. L'obligation d'entretien à la charge du propriétaire, qu'elle soit contractuelle ou extra-contractuelle (ce qu'elle serait envers les usagers non locataires), ne relève pas l'usager, qu'il soit locataire ou non de sa propre obligation de faire attention (voir par ex., *St-Pierre c. Mathieu*, 1971 C.A. 684). Le caractère contractuel de la responsabilité n'empêche pas le tribunal, du reste, de partager la responsabilité ou de retenir une faute commune de la victime, comme il l'a fait dans la présente cause (*Charron c. Godin*, précité).

41. *Responsabilité contractuelle. Responsabilité du créancier. Causalité.*

La responsabilité contractuelle d'un débiteur est soumise quant à son existence aux mêmes conditions de base que la responsabilité extra-contractuelle. Le débiteur doit être en faute; le créancier doit subir un préjudice; et ces deux choses doivent être reliées l'une à l'autre par un lien de cause à effet. Souvent la faute et le lien de causalité sont présumés: le créancier de l'obligation n'a qu'à en établir l'inexécution complète ou l'exécution défectueuse, ce qui se traduit dans plusieurs cas par la seule preuve du préjudice subi, pour que la responsabilité (faute et causalité) du débiteur soit présumée. Théoriquement, on dira que le créancier n'a qu'à prouver l'inexécution et le préjudice (1071 C.C.) (voir 1971 R.G.D. 271, n° 55, *Responsabilité contractuelle et fardeau de la preuve*). C'est le cas des obligations de résultat. Lorsqu'il s'agit d'obligations de moyens, la situation est différente: le créancier doit aussi prouver l'inexécution et le préjudice, mais alors la preuve de l'inexécution se traduit naturellement par la preuve de la faute, contrairement à ce qui se produit pour les obligations de résultat. C'est pourquoi l'on dit que le créancier doit prouver la faute; il doit aussi prouver le préjudice. De ces deux preuves, découlera généralement la preuve du lien de causalité, mais il n'en est pas toujours nécessairement ainsi.

Dans les deux cas, le débiteur-défendeur peut s'exonérer. Dans les obligations de moyens, il doit généralement prouver, pour ce faire, absence de faute de sa part, ce qu'il peut faire par la preuve d'une faute de la victime. Il peut même s'employer à prouver que la faute qu'on lui reproche n'est pas la cause, ou en tous cas, la cause unique du dommage subi par le demandeur. Il pourra ainsi

faire rejeter l'action ou faire réduire sa responsabilité. Ces principes sont applicables tant en matière contractuelle, lorsqu'il s'agit d'obligations de moyens, qu'en matière extra-contractuelle. Mais ils sont aussi applicables, à n'en pas douter, en matière contractuelle lorsqu'il s'agit d'obligations de résultat. C'est-à-dire que le débiteur d'une obligation de résultat, dont la responsabilité est présumée, peut s'exonérer en prouvant cas fortuit ou force majeure, d'où absence de faute (art. 1071-1072 C.C.; voir 1971 R.G.D. 271, n° 55). Mais il peut aussi se défendre en établissant faute exclusive ou contributoire du créancier et causalité entre cette faute et le préjudice pour lequel le créancier réclame. Ainsi le débiteur de services doit rendre la chose qui lui est confiée dûment améliorée. Pour un garagiste, il s'agit d'une obligation de résultat (1971 R.G.D. 276, n° 55). Toutefois, le créancier doit chercher à réprimer l'étendue du préjudice résultant d'une exécution défectueuse. Si le client, averti par l'indicateur du danger qui existe à poursuivre sa route avec son automobile, la poursuit quand même plus loin que chez le premier mécanicien à qui il aurait pu confier sa voiture, il commet une faute causale et en assumera la responsabilité. L'automobiliste, averti de la défectuosité, avait le choix des moyens à prendre pour qu'il y soit remédié. S'il fait erreur dans son choix, c'est lui qui est responsable (*Marcil c. Larouche*, 1971 R.L. 549). De même, le fournisseur d'électricité contracte sans doute une obligation de résultat envers ses abonnés. Mais il ne garantit pas, par le fait même, les abonnés contre toute panne d'électricité. Il revient aux abonnés, selon les conditions et les dommages possibles en cas de panne, de prendre les mesures (ex.: alarme) pour pallier aux pannes toujours possibles mais imprévisibles. C'est ce manque de précautions qui dans ces circonstances, devient la cause directe du dommage subi (*Chevrette c. Comm. hydro-électrique*, 1971 C.S. 217).

42. *Obligations de moyens et de résultat.*

La responsabilité à la charge de l'entrepreneur décrétée par l'art. 1688 C.C. est certainement fondée sur une obligation de résultat. S'il y a bris dans un tuyau d'aqueduc, l'entrepreneur ne peut s'exonérer qu'en prouvant cas fortuit ou force majeure (*Cité de Charlesbourg c. Les Constructeurs du St-Laurent Ltée*, 1971 C.S. 636, en appel).

Le transporteur de choses a également une obligation de résultat: il doit prouver cas fortuit pour s'exonérer. Un acte de piraterie n'est pas en lui-même un moyen d'exonération (*Belmont Textile Co.*

c. *Husband Transport Ltd.*, 1971 C.S. 232). Dans les circonstances, on a retenu la responsabilité du transporteur parce qu'il transportait un chargement de grande valeur avec un véhicule dont la portière de la cabine du chauffeur ne pouvait être barrée, et parce qu'on avait omis d'armer le chauffeur et de lui adjoindre un compagnon. Mais découle-t-il de tout cela que le vol n'aurait pas réussi quand même ? Nous aurions aimé qu'il soit traité de cet aspect de la question. (Voir aussi *supra*, n° 40, *Responsabilité du propriétaire d'un immeuble*; n° 41, *Responsabilité contractuelle. Responsabilité du créancier. Causalité*; n° 21, *Domaine de la responsabilité contractuelle*; n° 28, *Responsabilité du médecin*).

43. *Application de la présomption de faute du conducteur d'une automobile.*

Toujours sous réserve de ce que nous avons déjà expliqué (1971 R.G.D. 279, n° 57), les tribunaux nous fournissent continuellement des cas d'application de la présomption créée par l'art. 3 L.I.V.A.A. à l'endroit du conducteur d'un véhicule-automobile. On a retenu la présomption pour l'appliquer dans le cas d'un accident causé par l'ouverture de la portière contre laquelle a buté un motocycliste (*Skarofsky c. Papenburg*, 1971 C.S. 693). De l'avis du tribunal, la portière n'est pas un appareil susceptible de mouvement indépendant (art. 3, *in fine*); elle fait partie de l'automobile ou de son usage. Qu'est-ce qui constitue alors un appareil susceptible de fonctionnement indépendant ? Les pelles, les grattes, les bascules, les béliers ? Si une portière n'entre pas dans cette catégorie, nous ne voyons plus très bien ce qui peut y entrer !

On a aussi décidé que la présomption de l'art. 3 s'appliquait lorsque le dommage est causé par un véhicule, qu'il soit en usage ou non. Dans l'espèce, on a fait jouer la présomption contre le propriétaire du véhicule dans lequel un enfant de cinq ans s'est blessé après s'y être introduit et l'avoir mis accidentellement en mouvement dans une pente (*Coderre c. Allard*, 1971 C.S. 759). Cette décision qui doit mériter notre approbation demande quelques précisions. Même si le tribunal a parlé du propriétaire dans l'espèce, il faut croire qu'il s'agissait bien de la présomption applicable au conducteur. Car c'est lui d'abord qui, somme toute, avait permis que se produise ce qui est arrivé. En l'occurrence, le conducteur et le propriétaire étaient, en fait, la même personne. D'autre part, il faut souligner le fait que le tribunal s'est servi des principes mis à sa disposition pour disposer du litige, plutôt que de faire appel à la notion d'intrus comme on l'avait déjà fait

(*Mecteau c. P. J. Stock Express Inc.*, 1970 C.A. 1052): à ce titre, ce jugement constitue un exemple à suivre. Enfin, conformément à la loi et à une tendance jurisprudentielle qui ne souffre pour l'instant aucune contradiction, le tribunal a ajouté que la présomption joue contre le conducteur même si l'accident a lieu en dehors d'un chemin public, en l'occurrence, dans une entrée privée.

Enfin, est-il besoin de souligner qu'avant de bénéficier de la présomption de faute, le demandeur doit prouver qu'il a été frappé par la voiture du défendeur (*Alain c. Bussièrès*, 1971 C.A. 753).

44. *Faute dans la conduite d'une automobile.*

Combien de fois nos tribunaux n'ont-ils pas répété que le droit de priorité n'est pas absolu et qu'on ne doit l'exercer qu'en prenant les précautions raisonnables pour s'assurer que la route est libre et en faisant tout son possible pour éviter un accident ! C'est une rengaine qui revient plusieurs fois par année. Le droit statutaire de passage ne se substitue pas à la règle générale qui oblige l'automobiliste à s'assurer, même sur un feu vert, que les circonstances sont telles qu'il puisse raisonnablement s'engager dans une croisée sans risque de collision (*Kovacs c. Lefrançois*, 1971 C.S. 468, conf. par 1971 C.A. 509). Mais tous les jugements qui contiennent cette rengaine ne retiennent pratiquement jamais une part de responsabilité à la charge de celui qui avait droit de passage, tant et si bien qu'il nous était permis de croire, à notre satisfaction, que le droit de passage était peut-être plus absolu qu'on ne voulait le laisser croire. Voilà cependant que dans une espèce récente, le tribunal a cru à la relativité du droit de passage et a décelé dans la conduite d'un automobiliste une faute parce qu'il avait « abusé » de son droit de passage (*Duchesne c. Binet*, 1971 C.S. 612). Il est regrettable que le compte rendu du jugement dans les rapports judiciaires ne permette pas de voir quel abus il avait commis. La chose aurait été d'autant plus intéressante que ce jugement se distingue par l'application concrète de cette notion qui est généralement beaucoup plus énoncée qu'appliquée. Du reste, nous nous demandons encore comment on peut abuser d'un droit de passage envers quelqu'un qui ne l'a pas ! Nous n'hésitons pas à considérer que celui qui s'engage dans une intersection qui n'est pas encore libérée est fautif. Mais alors son droit de passage est suspendu momentanément. Dans les autres cas, nous voyons mal comment un droit de priorité n'existe qu'à la condition d'être respecté par ceux qui ne l'ont pas. A notre avis, nos tribunaux, en général, le voient mal aussi. C'est ce qui explique que,

malgré les énoncés théoriques de principe, celui qui a un droit de passage n'en abuse pas aussi souvent qu'on serait porté à le croire, si l'on tient compte des applications pratiques que font nos tribunaux de la règle de la relativité de la priorité de passage.

Toujours sur la question du droit de passage, notons qu'à un passage à niveau, c'est le train qui a priorité. Il revient donc à l'automobiliste de prendre les précautions lors de l'approche du passage à niveau (*Galien c. Cie des Chemins de fer nationaux*, 1971 C.S. 821). Du reste, la présomption de l'art. 3 joue contre l'automobiliste seulement (*C.P.R. c. Blais*, 1969 C.S. 446). Le droit de passage a également une importance capitale dans la manœuvre du virage à gauche. Celui-ci doit être fait prudemment et encore là, celui qui entreprend une telle manœuvre ne pourra à peu près jamais convaincre le tribunal que l'autre abusa de son droit de priorité (*Amyot c. Ville de Montréal*, 1971 C.S. 785; *Overnite Express Ltd. c. Beaudoin*, 1971 C.A. 774). Et il importe peu comment l'accident est arrivé. Même si c'est celui qui effectue le virage à gauche qui se fait frapper par le « prioritaire », il sera généralement totalement responsable, car il a obstrué le passage de l'autre.

Le principal défaut d'un automobiliste, c'est d'être imprévoyant. Ou, en d'autres mots, le bon père de famille, au volant d'une voiture, doit avoir un sens aigu de la conduite défensive; il doit prévoir les dangers qui peuvent le guetter. Ainsi l'automobiliste qui gravit une pente doit prévoir la présence d'un obstacle caché à sa vue sur l'autre côté (véhicule sortant d'une voie transversale) à courte distance et il doit maîtriser son véhicule en conséquence. Sinon, il abuse de son droit de passage et est seul en faute (*Gauthier c. Le Proc. gén. du Québec*, 1971 C.S. 238). Par ailleurs, lorsque la chaussée carrossable est rétrécie par l'amoncellement de la neige au point de former un couloir insuffisant au passage de plus d'une automobile et qu'une rencontre est impossible, le premier entré a priorité de passage, sans égard à la ligne blanche qui sépare normalement les voies. Tous les automobilistes doivent conduire en tenant compte des conditions climatiques (*Bélanger c. Imperial Tobacco Sales Ltd.*, 1971 C.S. 856). Il s'agit là d'une espèce intéressante dans la mesure où ces conditions se rencontrent assez fréquemment chez nous en hiver.

Enfin, le conducteur qui défend à des enfants (8 ans) à deux reprises de s'asseoir sur le hayon d'un camion en leur disant que c'est dangereux agit comme un homme normalement prudent et repousse la présomption de faute. Il n'est pas obligé de penser ou

de prévoir qu'il ne sera pas écouté à quelques minutes d'intervalles. Il n'a donc pas à vérifier si ses directives ont été suivies, avant de se mettre en marche quelques instants plus tard, surtout s'il a regardé dans son rétroviseur et n'a rien vu. L'accident était possible mais fort peu probable (*Lavoie c. Cyr*, 1971 C.A. 805); comp. avec *Larouche c. Langlois*, 1967 B.R. 734).

En principe, l'immobilisation d'une automobile sur la route de façon à ce qu'elle crée un obstacle relativement soudain pour la circulation ordinaire engage la responsabilité de son conducteur. Doit-on faire cependant une distinction entre l'immobilisation volontaire et l'immobilisation forcée du véhicule ? La Cour provinciale l'a faite pour exonérer le conducteur d'une immobilisation dite forcée à la suite d'un accident dans lequel il avait été impliqué (*Cossette c. Daigneault*, 1971 R.L. 433). Il nous semble que ce n'est pas tant dans cette distinction que réside la solution du litige que dans les mesures prises à la suite d'un premier accident, compte tenu du temps écoulé avant le deuxième accident et des possibilités physiques des automobilistes impliqués dans le premier accident. Si le second accident se produit tellement rapidement ou si les automobilistes sont blessés ou subissent un choc nerveux de sorte qu'ils n'ont plus leurs moyens physiques ou mentaux et qu'ils n'ont pu, pour ces raisons, prendre les mesures nécessaires pour dégager la route ou pour avertir les autres usagers du danger créé, il nous semble que la responsabilité de l'accident subséquent incombe au(x) responsable (s) du premier accident, à condition qu'on ne puisse retenir de faute à la charge de l'automobiliste dont la voie était obstruée à la suite du premier accident. Par ailleurs, les automobilistes impliqués dans le premier accident doivent faire diligence pour dégager la voie, lorsque c'est possible, encore que cela ne soit pas la meilleure solution tant que les officiers de police n'ont pas eu l'occasion de faire les constatations d'usage. En toute hypothèse, on pourrait certainement leur reprocher de ne pas avoir fait diligence, compte tenu des circonstances, pour avertir les autres usagers de l'obstacle créé. Dans l'espèce *Cossette c. Daigneault*, précitée, le tribunal a jugé que l'automobiliste dont la voie était obstruée avait commis une faute en raison de sa vitesse, compte tenu des conditions climatiques et de celles de la route. Il nous apparaît toutefois que le tribunal a exonéré fort facilement les responsables du premier accident, appuyant sur le fait que l'immobilisation du véhicule à la suite du premier accident était forcée. La tâche du juge n'était évidemment pas facile, parce que le demandeur n'avait poursuivi que celui dont l'automobile constituait l'obstacle et non l'autre qui était également respon-

sable de cette situation. Il nous semble quand même qu'on a été peut-être trop sévère à l'endroit du demandeur et pas assez à l'endroit de ceux qui avaient créé l'obstacle. Le demandeur était d'ailleurs le deuxième automobiliste à subir les conséquences de l'obstacle, un autre ayant terminé sa course dans le fossé, peu de temps auparavant. Ce jugement semble reprocher aux usagers de la route de ne pas prévoir qu'une automobile peut obstruer la route. D'autre part, pour celui qui fait face à l'obstruction, y a-t-il vraiment une différence entre l'immobilisation forcée ou volontaire ? Nous voulons croire qu'un conducteur doit maîtriser son véhicule dans une tempête de neige. Mais ceux qui créent un obstacle doivent aussi en tenir compte. Et ce n'est pas un argument de dire qu'il « *n'y a aucune preuve à l'effet qu'on aurait averti l'obstruant de l'état de danger que créait sa voiture en position de biais sur le chemin* ». Depuis quand ne commet-on une faute que si l'on nous avertit qu'on est fautif ? Depuis quand la « mise en demeure » est-elle nécessaire dans ces cas ? Du reste, la preuve ne révélait pas, non plus, qu'on avait averti le tiers qui a dû éviter l'obstacle qu'il ne maîtrisait pas son automobile. Si la décision finale peut se soutenir en regard de la notion de causalité, il reste que, dans ce jugement, certaines distinctions et énoncés précédant cet argument nous paraissent par trop absolus et fort dangereux pour cette raison.

Une autre source de responsabilité pour l'automobiliste se trouve dans les moyens à prendre devant l'éventualité d'un accident ou d'une collision. Est responsable celui qui ne prend pas les mesures nécessaires pour éviter un accident lorsqu'il pouvait le faire. C'est une règle générale évidente. Mais on exagère peut-être un peu lorsqu'on reproche à un conducteur de ne pas avoir dévié à gauche, pour éviter une collision frontale, lorsqu'une automobile semble se diriger vers lui, sur son côté de la route. Si une déviation à droite peut être exigée, peut-on reprocher à un individu de ne pas aller à gauche surtout lorsque la preuve semble révéler que les deux automobiles qui se sont rencontrées ont violemment massacré leur côté gauche respectif (*Mignault c. Habel*, 1971 R.P. 337) ? Du reste, un autre automobiliste, dans des circonstances semblables, sans doute au courant de la toute dernière jurisprudence, a voulu éviter une collision, avec un automobiliste qui venait sur son côté, en obliquant à sa gauche. Il ne fut pas plus chanceux que le premier. La Cour d'appel lui reprocha cette manœuvre, retenant à sa charge une part de responsabilité, en lui indiquant qu'il aurait dû obliquer à droite, parce qu'il se trouvait

là un terrain de stationnement, où il aurait pu chercher refuge (*Bourassa c. Tremblay*, (1971) C.A. 405) ! Il s'agissait d'y penser et d'y penser vite. A tout prendre, nous croyons que l'automobiliste qui fait son possible pour éviter un accident devrait bénéficier, en général, de beaucoup plus de clémence.

Lorsqu'on veut ouvrir la portière du côté de la circulation, il faut le faire avec une prudence extrême et il faut refermer la portière aussitôt que possible (*Skarofsky c. Papenburg*, 1971 C.S. 693). Le conducteur peut repousser la présomption en prouvant cas fortuit ou force majeure. Mais l'éclatement d'un pneu n'est pas en soi un cas fortuit; la vitesse, les conditions de route et l'usure des pneus sont tous des éléments dont il faut tenir compte et qui peuvent constituer l'automobiliste en faute (*Gregory c. Montreuil*, 1971 C.A. 499; (voir aussi *infra* n° 52, *Causalité*).

45. *Application de la présomption (art. 3) à la motoneige. Faute dans la conduite de ce véhicule.*

Déjà nous avons fait état du fait que nos tribunaux étaient d'accord pour soumettre la moto-neige ou ski-doo à l'application de l'art. 3 L.I.V.A.A. tant pour ce qui était de la responsabilité du propriétaire que de la présomption de faute du conducteur (1971 *R. du B.* 337; 1971 *R.G.D.* 291, n° 61). Une telle jurisprudence ne pouvait que mériter notre appui. Cette application de l'article 3 aux accidents impliquant un ski-doo était fondée sur la prémisse que le ski-doo constituait un véhicule-moteur au sens de la loi (art. 2-2°). Si tel était le cas, l'on ne pouvait plus douter que toute la loi de l'indemnisation (S.R.Q. 1964, ch. 232) s'appliquait à la moto-neige, y compris les dispositions prévoyant les recours au Fonds (art. 36 et 43). Cette logique n'a pas su convaincre le tribunal lorsque la victime d'un accident de ski-doo fit une demande au Fonds sous prétexte que le conducteur était inconnu (art. 43; *Lefebvre c. Fonds*, 1971 C.S. 546). Hésitant à rejeter la jurisprudence antérieure qui avait soumis le ski-doo à l'art. 3, le tribunal jugea néanmoins que le recours au Fonds n'était pas permis pour un accident de ski-doo parce que le Fonds n'était pas alimenté par les contributions d'assureurs-moto-neige et parce que le ski-doo n'était pas une automobile. Il n'était pas une automobile parce qu'il n'avait pas été « pensé » en fonction de la voie publique et parce qu'il n'était pas adapté au transport sur les chemins publics; l'adaptation signifie plus, selon l'avis du tribunal dans cette affaire, que la possibilité d'utiliser le chemin: il doit y avoir utilisation réelle de la voie publique.

Une chose est certaine. Cette décision contredit la jurisprudence antérieure, ce qu'elle fait d'ailleurs avec hésitation et incertitude et, du reste, sans aucune nécessité (voir nos commentaires, 1972 *R. du B.* 46).

Quoi qu'il en soit, nous voulons réitérer notre accord avec la jurisprudence dominante: le ski-doo constitue un véhicule-automobile tel que défini à l'art. 2-2° L.I.V.A.A. Le jugement du juge Philippe Pothier devrait convaincre ceux qui demeurent sceptiques (*Godin c. Simard*, C.S. Richelieu, n° 19, 400). Comme cette décision n'a pas été rapportée, à notre connaissance, nous nous permettons d'en extraire le passage pertinent:

« La Loi d'indemnisation définit l'automobile » tout véhicule mû par un autre pouvoir que la force musculaire et adapté au transport sur les chemins publics mais non sur les rails ».

« C'est la même définition que celle que contient le Code de la route (S.R.Q. 1964, ch. 231, art. 1). Cette loi s'intitulait jusqu'en 1960 (8-9 Élisabeth, ch. 67) « loi concernant les véhicules-automobiles », et avant, comme depuis cette date, la définition du mot « automobile » est accompagnée d'une liste de différents véhicules qui sont compris dans la définition. Cette liste n'est cependant pas limitative. Le législateur a prévu que de tels véhicules automobiles pouvaient être spécialement agencés pour circuler sur la neige (Code de la route, art. 7, par. 8). Il a donc considéré qu'un véhicule mû par un pouvoir quelconque (sauf la force musculaire) pouvait être construit, organisé et agencé de façon à pouvoir circuler sur la neige, soit en y ajoutant des patins ou des chenilles.

« La loi d'indemnisation, qui est beaucoup plus récente que le Code de la route, a été adoptée précisément pour donner une plus grande protection à tous ceux qui subissent un dommage par l'opération d'un véhicule-automobile en facilitant leurs recours contre les auteurs du dommage. Il semble logique que l'on puisse, pour interpréter la loi d'indemnisation, s'inspirer de l'intention du législateur dans une loi antérieure qui est en relation directe avec l'objet de la loi postérieure, à moins que cette dernière n'indique le contraire. Si le législateur avait voulu restreindre dans la loi la plus récente le sens du mot « automobile » il n'aurait pas reproduit textuellement la définition de la loi précédente. Dans cette seconde loi il n'avait pas besoin, comme dans le Code de la route, de faire la même classification des différents genres de véhicules qui ne sert qu'à déterminer leur immatriculation.

« On objectera qu'en vertu d'un arrêt en conseil du 3 octobre 1968 (n° 3129) « les traîneaux mobiles ne peuvent circuler sur les chemins publics ouverts à la circulation automobile ».

« D'après la définition de l'automobile ce n'est pas uniquement le fait qu'un véhicule puisse circuler sur un chemin public qui fait que c'est un véhicule automobile. Le traîneau mobile est agencé pour circuler sur la voie publique. Ce n'est que par une interdiction réglementaire que l'on lui en a interdit l'accès. L'on dira qu'il n'est pas équipé des accessoires indispensables à la circulation sur un chemin public tels que lumières, freins, etc. Il est facile de répondre que ce genre de véhicule, n'étant pas admis sur la voie publique, il ne les requiert pas.

« Un traîneau mobile est un véhicule qui se meut à l'aide d'un moteur à essence. Il transporte des personnes et à l'occasion des marchandises. Il est adapté pour circuler sur les chemins publics. Dans l'opinion de la Cour il doit être considéré comme étant un véhicule automobile au sens de la loi d'Indemnisation et son propriétaire doit être tenu responsable de tout dommage causé par son usage. »

Puisque nous acceptons de voir le ski-doo de cette façon, le reste doit suivre: il est soumis à toute la loi de l'indemnisation, non seulement à son art. 3.

Il suit aussi de ce qui précède, encore qu'il n'y ait pas nécessairement un lien de cause à cet effet, que les règles de conduite d'une moto-neige sont les mêmes que celles relatives à la conduite des autres véhicules-automobiles. L'application de la conduite d'une moto-neige se fait en vertu des principes généraux et des principes applicables aux automobiles dans les mêmes circonstances. Ainsi est responsable celui qui cause un accident par sa vitesse excessive sur un chemin glacé à l'approche d'une intersection qu'il sait devoir être empruntée par d'autres conducteurs du groupe (*Fortin c. Boily*, 1971 R.L. 149).

46. *L'art. 3 L.I.V.A.A. et le passager.*

Une fois de plus on a répété ce qui est maintenant unanimement admis par nos tribunaux: le passager bénévole bénéficie de l'art. 3 tant à l'égard du conducteur que du propriétaire (*Gregory c. Montreuil*, 1971 C.A. 499). Il bénéficie donc de la loi de l'indemnisation.

47. *Coexistence ou neutralisation de la présomption de faute du conducteur.*

Il s'agit là d'une question qui n'est pas encore réglée: survient un accident entre deux automobilistes, chacun des conducteurs est-il présumé fautif (art. 3, coexistence), ou chacun doit-il prouver la faute de l'autre ? La théorie de la coexistence que nous croyons réaliste, raisonnable et logique, a reçu un dur coup de la part de la Cour d'appel (*Morris c. Delvida*, 1970 C.A. 1133) dans un arrêt critiquable (voir 1971 R.G.D. 285, n° 59). Nous pensons néanmoins que cette décision allait décourager nos tribunaux inférieurs de persister à croire au bon sens du principe de la coexistence des présomptions de faute. Heureusement tel ne fut pas le cas. Ainsi, par exemple, le juge Ouimet a semblé se prononcer pour la théorie de la coexistence en soulignant que le « demandeur devait également se libérer de ce fardeau (c'est-à-dire repousser la présomption: *Duchesne c. Brunet*, 1971 C.S. 612). Il est à noter toutefois que, dans cette espèce, la coexistence n'a pas joué dans la solution du litige, le tribunal ayant trouvé dans la preuve les éléments suffisants pour lui permettre d'identifier positivement certaines fautes de part et d'autre. Beaucoup plus claire a été l'attitude prise par la Cour supérieure (j. Marcel Nichols & j. M. Archambault) dans deux autres espèces (*Coderre c. Allard*, 1971 C.S. 759); et (*Hutt c. Le Fonds*, 1972 C.S. 77, p. 94 et s.) où le tribunal a exprimé son profond désaccord avec la décision rendue par la Cour d'appel (*Morris c. Delvida*, précitée). Qualifiant le raisonnement de la Cour d'appel et la façon dont elle avait joué avec le mot « causé » de l'art. 3 L.I.V.A.A. « d'interprétation legaliste », le tribunal remet en discussion par le fait même la théorie de la neutralisation des présomptions. Espérons qu'à la fin, la théorie de la coexistence triomphera. Il suffira alors de l'appliquer dans tous les cas d'accidents entre deux automobiles où la preuve par témoins ou par présomptions de fait ne satisfait pas l'esprit quant à la façon dont l'accident est arrivé. Enfin, dans ces cas où la théorie de la coexistence doit s'appliquer, il importe peu que le défendeur fasse une demande reconventionnelle ou non: le demandeur, impliqué dans un tel accident, doit lui aussi repousser la présomption qui pèse sur lui.

48. *Moyens d'exonération du propriétaire. Le vol.*

Le propriétaire d'une automobile impliquée dans un accident par la faute du conducteur peut s'exonérer en prouvant que celui-ci a obtenu la possession du véhicule par vol (art. 3 b L.I.V.A.A.).

L'interprétation du mot « vol » a soulevé certaines difficultés (voir 1971 *R.G.D.* 291, n° 62; 1971 *R. du B.* 102). Une décision récente de la Cour provinciale (*Gaouette c. Bégin*, 1971 *R.L.* 99) réintroduit en quelque sorte la notion de faute dans la définition du vol prévu à l'art. 3 *b*. Nous approuvons pleinement cette attitude qui nous semble conforme, du reste, à la décision déjà rendue dans l'affaire *Gilbert c. Lecours* (1970 *R.L.* 96; voir nos commentaires, 1971 *R.G.D.* 291, n° 62). Dans l'affaire *Gaouette*, le tribunal indique d'abord que l'on doit écarter la distinction prévue au Code criminel entre le vol (269 C.C.) et la prise de possession sans permission (281 C.C.). En d'autres termes, ces deux infractions constituent un vol au sens de l'art. 3 *b* *L.I.V.A.A.* Il rejoint ainsi les opinions déjà exprimées dans l'affaire *Tantalo c. Klaydianos* (1970 *C.S.* 331).

D'autre part, il écarte en principe les règles d'interprétation du mot « vol » telles qu'appliquées dans les polices d'assurances parce que celles-ci appellent des règles d'interprétation qui leur sont propres.

Il utilise finalement comme fondement pour interpréter le mot « vol » les principes de la responsabilité civile et arrive à la conclusion qu'il y aura vol au sens de l'art. 3 *b* « s'il y a scission de volonté entre le propriétaire et le conducteur en déterminant si le propriétaire a le contrôle sur l'acte du tiers . . . ; si le propriétaire n'a commis aucune faute et s'il est dans l'impossibilité de remédier à l'impossibilité de contrôler l'acte du tiers si le propriétaire est dans l'impossibilité de remédier à l'impossibilité de pouvoir contrôler les agissements du conducteur de l'automobile sur laquelle il n'a aucun contrôle ».

Appliquant ces critères dans l'espèce, le tribunal a exonéré le père-propriétaire de la responsabilité des dommages causés par son fils alors que ce dernier s'était emparé de l'automobile à l'insu du père et contre le gré de ce dernier avec un double de la clé de contact ou en utilisant le truc des voleurs.

Ce jugement nous apparaît fort bien fondé et très logique. On y conserve au mot « vol » son sens ordinaire que voulait sans doute lui donner le législateur : prendre indûment la chose d'autrui. On y subordonne cependant l'application de la définition à l'absence de faute du propriétaire. Ainsi, à notre avis, le propriétaire qui laisse ses clés dans la voiture demeure responsable du voleur car il a permis, par sa faute, la perpétration du vol. D'autre part, cette décision rendue par la Cour provinciale explique aussi la distinction que l'on doit faire entre la possession et l'usage. Celui qui

remet les clés à un tiers répond de celui-ci parce qu'il lui accorde la possession de l'automobile, quand bien même il aurait spécifié expressément l'usage qu'il devait en faire (*Wawanesa c. Bruggman*, 1970 C.S. 331, 335).

Tout compte fait, la décision rendue par le tribunal dans l'affaire *Gaouette c. Bégin*, précitée, s'inscrit bien dans la jurisprudence actuelle sur l'interprétation du moyen d'exonération qu'est le vol. Les critères qui y sont posés devraient être suivis à cause de leur logique et de leur sagesse.

49. *Responsabilité des parents.*

Le problème de la responsabilité des parents se pose à un double point de vue. Il y a d'abord la responsabilité présumée du père à l'égard des tiers en vertu de l'art. 1054 C.C. Mais il y a aussi la responsabilité des parents envers leurs enfants sur la base de l'art. 1053 C.C. (voir 1971 *R.G.D.* 294, n° 64).

Aux termes de l'art. 1054 C.C., on a jugé que le père qui permet à ses parents (12 et 16 ans) de faire éclater des pétards engage sa responsabilité à l'endroit de leur ami (11 ans) qui a été blessé par une explosion (*Castle c. Farkas*, 1971 C.S. 596).

Beaucoup plus intéressante est l'espèce dans laquelle le tribunal a dû se pencher sur la question de savoir si le défendeur a une action en responsabilité à la suite de dommages subis par un enfant pouvait opposer la faute des parents pour faire réduire sa propre responsabilité découlant de sa faute (*Coderre c. Allard*, 1971 C.S. 759). Il ne fait aucun doute en théorie que les parents peuvent être tenus responsables des dommages qu'ils causent à leur enfant, ne serait-ce qu'à la suite d'une faute de surveillance. Cette responsabilité doit cependant se fonder sur l'art. 1053 C.C.; la responsabilité des parents envers leur enfant ne peut être retenue en vertu de l'art. 1054 C.C., puisque celui-ci ne vise que la responsabilité des parents envers les tiers.

Ceci dit, il reste qu'en théorie un défendeur peut opposer la faute des parents. L'application pratique de ce principe est cependant impossible dans une même instance. Tout d'abord, la solidarité décrétée à l'art. 1106 C.C. oblige le tribunal à condamner, pour le tout, le défendeur fautif. Deuxièmement, celui-ci ne saurait se prévaloir de l'art. 469 C.P.C., si le parent fautif n'est pas personnellement partie à l'action. Et il arrive assez rarement que tel soit le cas. Le père peut bien réclamer personnellement les quelques dépenses qu'il a dû faire. Même dans un tel cas, le

défendeur ne peut vraiment en tirer parti. Il pourra bien opposer à la réclamation personnelle du père la faute de ce dernier, mais il ne saurait en tirer parti pour les dommages, généralement beaucoup plus considérables, que réclame le père en qualité de tuteur à son fils. D'autre part, même pour les dommages réclamés personnellement par le père, le défendeur ne peut lui opposer la faute de la mère, si c'est elle qui a commis une faute de surveillance. C'est donc dire que généralement le défendeur ne peut pratiquement opposer à la demande en dommages la responsabilité des parents, à moins évidemment qu'il ne réussisse à s'exonérer lui-même pour le tout en prouvant qu'il n'a pas commis de faute ou que sa faute n'était causale en aucune façon. Ceci ne signifie pas que le défendeur partiellement responsable doit supporter indéfiniment la responsabilité entière de l'accident. L'action récursoire contre le parent fautif lui est certainement ouverte et la prescription de ce recours ne doit courir, au plus tôt, qu'à compter du jugement qui le condamne (voir *infra*, n° 74, *Paiement. Fondement de l'action récursoire*). Et à moins que de tels recours fassent l'objet de règlements hors-cour ou ne soient illusoires à raison de l'insolvabilité des parents concernés, nous devons déplorer le fait qu'ils sont rarissimes.

50. *Responsabilité des maîtres et commettants. Généralités. Médecin. Policier.*

Pour que la responsabilité d'une personne soit retenue en vertu de l'art. 1054, dern. al. C.C., il doit y avoir lien de préposition entre le responsable et le répondant et le dommage doit avoir été causé par le préposé dans l'exécution de ses fonctions. Si ces règles s'énoncent aisément, elles posent parfois des difficultés d'application. Les notions de lien de préposition et d'exécution des fonctions ont donné lieu à des distinctions.

On a reconnu que le lien de préposition peut se déplacer momentanément, ce qui a donné naissance à la notion de « patron momentané », notion bien ancrée dans notre droit.

C'est cette notion qui permet de retenir la responsabilité de celui qui a pouvoir de direction et de contrôle sur une personne même si cette dernière demeure l'employée ou est habituellement le préposé d'un autre. Ainsi, c'est à bon droit que la Cour provinciale a jugé que l'entrepreneur en opérations de déneigement répondait de l'opérateur d'une souffleuse qui avait été loué avec celle-ci à la Ville de Montréal (*Lacoste c. Armand Sicotte & Fils Ltée*, 1971 R.L. 453). A notre avis, il n'était pas nécessaire dans

l'espèce, pour en arriver à cette conclusion, d'invoquer le cahier des charges du contrat d'entreprise qui existait entre la Ville et l'entrepreneur, encore que parfois il puisse constituer un fait qui permette de cerner l'existence du lien de préposition. Il suffisait de faire appel aux critères déjà posés et aux notions déjà existantes en jurisprudence. Cette décision pourrait être étendue, selon nous, à tous les cas où on loue un outillage avec opérateur ou chauffeur (niveleuse, camion, etc.): le locataire devient généralement le patron momentané de l'opérateur ou chauffeur, même si celui-ci est payé par son employeur c'est-à-dire le locateur. Aussi nous est-il difficile d'être d'accord avec l'arrêt de la Cour d'appel où il fut jugé que le locateur d'un camion et d'un chauffeur payé à l'heure demeurerait le maître du chauffeur au sens de l'art. 1054 C.C. (*Montreal Envelope Co. Ltd. c. The London Ass.*, 1971 C.A. 838; dans le même sens, *Lemay Const. c. Poirier*, 1965 B.R. 565; *La Cie Bell c. Ville de Québec*, 1968 R.L. 291).

Par ailleurs, il nous paraît assez extraordinaire, compte tenu du laconisme dont fait preuve le jugement sur cette question, que celui qui engage un *entrepreneur* pour arroser sa terre d'un herbicide soit responsable des dommages causés au champ voisin, même si le demandeur invoque l'art. 1053 C.C. (*Beauregard c. Martin*, 1971 C.S. 362; voir *supra*, n° 23, *in fine*. *Notion de faute, en général. Applications*).

La notion d'exécution des fonctions se révèle parfois également d'application délicate. Le « bouncer » qui expulse des clients est dans l'exécution de ses fonctions. Et il ne cesse pas de l'être lorsqu'il emploie une force excessive non plus que lorsqu'il se porte à des voies de fait sur les clients expulsés en réponse à des insultes (*Petit c. Jean*, 1971 C.A. 571). Il abuse peut-être de ses fonctions mais l'abus fait partie de l'exécution des fonctions. Du reste, les paroles auxquelles le « bouncer » répondit par une violence physique excessive et injustifiée n'étaient pas adressées à lui autant qu'au « bouncer » de l'établissement des appelants, leur préposé, qui venait de les expulser et qui comme tel y répliqua (juge Lajoie, p. 573). Cet arrêt doit être approuvé.

Par ailleurs, le contremaître qui transporte des employés à leur lieu de travail dans sa voiture, moyennant rémunération, n'est pas dans l'exécution de ses fonctions, s'il importe peu à l'employeur la façon dont ses employés voyagent (*C.A.T. c. Dumoulin*, 1971 C.A. 882).

De même, bien que l'employé qui fait faire une perquisition croit agir dans l'intérêt de son employeur, il n'est pas dans l'exécu-

tion de ses fonctions s'il a agi de son propre chef (*Houde c. Les Piscines Val-Mar Ltée*, 1971 R.L. 222).

Il ressort de ces décisions que le critère de l'exécution des fonctions est l'intérêt réel et direct du patron dans l'activité de son employé, non seulement l'intérêt apparent ou indirect.

L'application de l'art. 1054 C.C. a eu le don de soulever quelques polémiques à l'égard des médecins et des policiers. Dans les deux cas, pour des raisons différentes, on a prétendu que ces personnes ne pouvaient être des préposés et qu'en conséquence, ils n'engageaient que leur seule responsabilité, n'ayant aucun répondant. Prenons d'abord le cas du médecin. Déjà, l'on ne semblait pas disposé à considérer qu'un médecin pouvait être un préposé: la nature de sa profession s'y opposait. Le médecin, pensait-on, doit être indépendant et ne saurait recevoir ni ordres, ni instructions dans l'exécution de ses fonctions. Aussi, faute de lien de préposition entre lui et l'hôpital qui l'engageait, ce dernier ne pouvait être responsable des fautes du premier (ex.: *Petit c. Hôpital c. Ste-Jeanne d'Arc*, 1940, 78 C.S. 564). Ces difficultés sont disparues. Une jurisprudence maintenant solidement établie reconnaît qu'un médecin peut être l'employé et le préposé d'un hôpital (*Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, 1969 R.C.S. 745; *Beausoleil c. Sœurs de la Charité*, 1965 B.R. 37), d'une municipalité (*Cardin c. Cité de Montréal*, C.S. Montréal, 6 fév. 1959, n° 386140, inf. sur un autre point par 1960 B.R. 1205 et 1961 R.C.S. 655), ou d'un autre employeur comme le gouvernement fédéral (*Daoust c. La Reine*, 1969, 2 Ex.C.R. 129). Le médecin est donc susceptible de devenir un préposé. Est-ce à dire alors que le médecin est soumis dans l'exécution de ses fonctions, aux ordres, aux instructions et au contrôle de son employeur, ou est-ce à dire plutôt que la notion traditionnelle du pouvoir de contrôle doit être repensée? Il est intéressant de noter que, dans tous les cas où ils ont reconnu l'existence d'un lien de préposition entre le médecin et son employeur, nos tribunaux ont évité d'invoquer la notion du pouvoir de contrôle sur l'exercice des actes professionnels. Ils ont préféré retenir le fait que le médecin était rémunéré par un autre que le patient en vertu d'un contrat qui le liait à celui qui le payait, ou encore le fait que le médecin était à la disposition d'un employeur. Ne doit-on pas conclure de cette politique judiciaire, avec laquelle nous sommes pleinement d'accord, que le pouvoir de donner des ordres et des instructions n'est plus le critère unique qui permette de discerner l'existence ou l'absence d'un lien de préposition? Ne peut-on d'ailleurs prétendre que l'importance de ce pouvoir a toujours été

exagérée, compte tenu du fait qu'il ne correspond pas à la réalité, dans la mesure où souvent ce pouvoir n'est pas exercé et dans la mesure où souvent celui qui en est le titulaire n'a pas la compétence requise pour s'en servir utilement ? Nous croyons véritablement que nos tribunaux se rendent compte du caractère souvent artificiel du critère du lien de préposition et qu'ils ne l'emploient pas aussi souvent qu'on le prétend. Les tribunaux eux-mêmes ne l'emploient pas véritablement, dans sa conception traditionnelle (c'est-à-dire pouvoir de contrôler l'exécution) aussi souvent qu'ils en donnent l'impression. A la vérité, il semble que l'existence d'un lien de préposition soit une situation de fait. Aussi, la sujétion ou la subordination d'un employé se reconnaîtra à l'existence d'un seul ou de plusieurs faits, comme *l'absence de pouvoir d'intervention de la part du bénéficiaire des services* dans le choix des employés et la détermination des salaires, du mode adopté pour la rémunération, du *caractère d'exclusivité des services rendus par l'employé*, de la qualité de commerçant de celui qui rend les services (un employé n'étant pas un commerçant), etc. C'est dans l'analyse de ces faits que l'on reconnaîtra le pouvoir de direction : en d'autres termes, l'on déterminera d'abord, compte tenu de ces faits, si l'individu est un employé ou un entrepreneur et l'on dira ensuite qu'il est préposé parce qu'il est un employé et qu'un employé est soumis au contrôle d'un autre. Ce processus est tout à fait normal dans la mesure où le « pouvoir de contrôle » doit pouvoir s'identifier à partir de certains faits.

Dans les cas où ces faits ne permettent pas de trouver la solution à un litige ou dans les cas où aucun de ces faits propres à démontrer l'existence d'un lien de subordination n'existe, alors, mais alors seulement, on recherchera véritablement l'existence comme telle du pouvoir de donner des ordres. C'est là, nous semble-t-il, l'attitude de nos tribunaux, attitude qui leur a permis de retenir la responsabilité de l'hôpital pour les fautes de ses médecins. Cette attitude doit être approuvée. La notion de « pouvoir de donner des ordres et instructions » est en elle-même généralement trop intangible et abstraite, lorsque, par exemple, ce pouvoir n'est pas utilisé, pour qu'elle constitue le seul critère. Par ailleurs, le pouvoir de contrôle peut devenir un critère important s'il est utilisé : son existence ne saurait alors faire de doute non plus que le lien de préposition dont il est la preuve. Dans cet optique, le pouvoir de contrôle ne devient, dans l'ensemble des relations employeur-employé, client-entrepreneur, que l'un des faits propres à servir de critère pour distinguer le préposé de celui qui ne l'est pas. Ou, en

d'autres mots, il faut reconnaître que le pouvoir de contrôle ne se limite pas à la possibilité de donner des ordres sur la manière d'exécuter un travail. S'il peut être reconnu à l'exercice de cette prérogative, il peut aussi tenir exclusivement à d'autres faits qui peuvent être analysés en eux-mêmes. Ce n'est qu'ainsi, à notre avis, que l'on peut expliquer que nos tribunaux acceptent, entre autres personnes, qu'un médecin puisse être le préposé d'un employeur. Il découle, d'autre part, de l'analyse que nous venons de terminer, que l'Office de révision du code civil fait un pas en arrière ou s'engage à tout le moins sur une voie dangereuse et pleine d'embûches s'il maintient la définition que lui a proposé le comité sur le contrat de travail dans son rapport soumis en 1971. Il y est proposé, en effet, de définir le contrat de travail comme étant « celui par lequel une personne s'oblige envers une autre à effectuer, *selon ses instructions et sous sa direction*, pendant un certain temps, un travail matériel ou intellectuel, moyennant rémunération » (art. 1 du rapport). A notre avis, l'on restreint beaucoup le « pouvoir de contrôle » tel qu'appliqué actuellement par nos tribunaux et on risque fort de les gêner sérieusement lorsqu'ils auront à étudier, par exemple, la responsabilité de celui qui paie un médecin qu'il a engagé.

La jurisprudence n'a malheureusement pas encore fait, à l'égard des policiers, tout le chemin qu'elle a parcouru à l'égard du médecin. Nous avons déjà eu l'occasion d'exprimer notre désaccord avec le prétendu principe selon lequel le policier qui agit en vertu du Code criminel n'est pas un préposé sous prétexte qu'il est alors un officier public (voir 1971 *R. du B.* 529; 1971 *R.G.D.* n° 65, p. 298 et ss.). Dans un article très élaboré, extrêmement fouillé et fort intéressant, le professeur Lorne Giroux s'attaque également à cette politique jurisprudentielle (*Municipal Liability for Police Torts in the Province of Quebec*, 1970, 11 *C. de D.* 407). Après avoir démontré que c'est avec beaucoup d'hésitation et de dissidences chez les tribunaux inférieurs que nos tribunaux supérieurs ont semblé poser d'autorité, pour des motifs qui pouvaient varier d'un juge à l'autre, la règle selon laquelle les municipalités ne sont pas responsables des actes de leurs policiers lorsque ceux-ci agissent en vertu du Code criminel sous prétexte qu'ils ne sont plus alors des préposés mais des agents de la paix, l'auteur conclut que cette règle est fondée sur une distinction artificielle et arbitraire et entraîne des résultats du même ordre.

Après avoir établi, par ailleurs, que les policiers municipaux ne sauraient engager la responsabilité de la Couronne fédérale,

parce qu'ils ne peuvent en être considérés comme les préposés, M. Giroux s'attaque à la thèse jurisprudentielle. Pour lui, comme pour nous, il n'existe aucune raison valable de ne pas appliquer simplement aux policiers municipaux, en tout état de cause, les seuls principes de la responsabilité des maîtres et commettants (art. 1054, 7° al. C.C.). Les théories tirées du Code criminel ou du Common Law sont sans fondement. La responsabilité des corporations municipales pour les actes de leurs policiers devrait être analysée uniquement à la lumière de l'art. 1054, 7° al. C'est du reste le sentiment d'une certaine jurisprudence qu'analyse M. Giroux. C'est la seule solution qui ne soit ni injuste ni arbitraire. Nos tribunaux devraient prendre leurs responsabilités et donner le coup de barre nécessaire. S'ils ne sont pas disposés à le faire, il est plus que temps que le législateur intervienne et légifère, sans doute comme si l'on vivait dans un système de common law, pour tenir les municipalités responsables de leurs policiers et la province responsable des siens. Il reste cependant que si le changement était l'œuvre des tribunaux, il s'agirait d'un tonique qui nous redonnerait confiance dans notre système judiciaire où le *stare decisis* et le conservatisme non-fondé n'ont pas leur raison d'être. Pourquoi dans notre système de droit civil une mauvaise décision doit-elle devenir une règle juridique que seul le législateur peut modifier ?

51. *Responsabilité du fait des choses.*

La présomption de faute découlant des dommages causés par les choses inanimées (art. 1054 C.C.) ne s'applique que si le dommage est causé par le fait autonome de la chose. Il y aura fait autonome lorsque la chose obéit, au moment où elle cause le dommage, à une loi physique ou mécanique. L'art. 1054 C.C. s'applique donc lorsque le dommage est causé au moment où une porte contrôlée par un dispositif mécanique se referme d'elle-même (*Tremblay c. Blais*, 1971 R.L. 112). Le gardien de la chose n'est cependant pas sans défense: il peut invoquer la faute de la victime, en l'occurrence son inattention, qu'il peut prouver par présomption de fait. Dans un cas comme celui-ci, il peut, semble-t-il, se contenter, à bon droit, de prouver que la porte fonctionnait normalement pour que la faute de la victime soit présumée. Ce litige nous démontre, en fait, dans certains cas où il est normal qu'il en soit ainsi, la fragilité de la présomption de l'art. 1054 C.C. relative à la responsabilité du fait des choses.

D'autre part, l'art. 1054 C.C. ne saurait s'appliquer à une panne d'électricité (il n'y a pas fait autonome de la chose: *Che-*

vrette c. Comm. hydro-électrique, 1971 C.S. 217), non plus qu'à des dommages résultant des vibrations causées par des travaux de dynamitage (*Brassard c. Proc. gén. du Québec*, 1971 R.L. 535, reprenant *Gingras c. Loranger*, 40 R.L. n.s. 305, 41 R.L. n.s. 354). Dans ce dernier cas, il n'y a pas fait autonome de la chose puisque les opérations sont faites par l'entrepreneur et ses ouvriers (voir aussi *supra*, n° 40, *Responsabilité du propriétaire d'un immeuble*; *infra*, n° 62, *Preuve des éléments de la responsabilité*).

52. *La causalité. Partage de la responsabilité. Faute commune. Cas fortuit* (voir aussi *supra* n° 27, *Responsabilité du notaire*).

Nous avons déjà énoncé l'illogisme et l'arbitraire de la règle du partage de la responsabilité selon la gravité des fautes (1971 R.G.D. 306, n° 70; 1972 R. du B. 135). Certaines décisions récentes de nos tribunaux peuvent nous servir d'illustration valable des critiques que nous avons faites. Prenons l'affaire *Côté c. Wawanesa Mutual Ins.* (1971 C.A. 437). Un automobiliste sortait très lentement d'une entrée. Un autre arrivait trop vite, compte tenu des conditions climatiques. Dans les circonstances de l'affaire il ne fait aucun doute que les deux étaient fautifs: la sortie inopinée du premier, même si elle était lente, a jeté la confusion dans l'esprit de l'autre. Celui-ci aurait pu, de son côté, éviter l'accident s'il n'avait pas roulé aussi rapidement. Par ailleurs, sa vitesse n'aurait eu aucune conséquence n'eût été l'acte du premier. Nous trouvons dans ces faits un excellent exemple de deux fautes causales qui ont produit le tout, c'est-à-dire l'accident. Les deux fautes nous paraissent aussi importantes l'une que l'autre, peu importe leur gravité respective dans la réalisation de l'accident. Ne sont-elles pas du reste d'égale gravité? La responsabilité pouvait être partagée également sans que l'on puisse raisonnablement penser à l'injustice. Pourtant en première instance le partage avait été fixé à 60-40; en appel on renversa les proportions à 30-70. Pourquoi d'ailleurs n'a-t-on pas seulement renversé les proportions 40-60 ou pourquoi n'a-t-on pas procédé à un partage 25-75 ou 20-80? On ne le saura sans doute jamais. Une chose demeure certaine: tous s'entendent pour retenir deux fautes causales. Nous suggérons respectueusement que l'arbitraire injustifiable que permet la règle du partage selon la gravité aurait été vaincu, si on s'était d'abord entendu sur le principe du partage par parts viriles: l'appel n'aurait pas donné lieu à des modifications arbitraires.

Même s'il est toujours difficile de bien apprécier un arrêt résumé, prenons encore l'affaire *Plamondon Automobiles Ltée c.*

Cantin, 1971 C.A. 600. A la suite d'une panne, une automobile était stationnée la nuit, feux réglementaires allumés, sur l'accotement. Le garagiste-mécanicien appelé sur les lieux, plaça sa voiture, phares allumés, devant le véhicule en panne. Survint un autre automobiliste dont le véhicule percuta la voiture en panne à l'arrière: le mécanicien, qui se trouvait entre les deux véhicules stationnaires, fut blessé. On attribua la plus grande part de responsabilité à l'automobiliste qui avait frappé le véhicule immobile: vitesse, inattention, surchargement de son automobile. Le mécanicien fut aussi tenu partiellement responsable: les phares allumés sur son véhicule immobilisé du mauvais côté de la route avaient jeté la confusion dans l'esprit de celui qui venait en sens contraire. Il nous semble qu'on s'arrêta bien peu à la causalité. Au moment où la confusion se créa dans son esprit, l'automobiliste avait encore le temps de réagir et de prendre toutes les dispositions pour éviter l'accident, mais il ne le fit pas. Il aurait pu, semble-t-il, pallier la confusion créée. Aussi nous croyons, sans faire appel pour autant à la notion de « la dernière chance », que seule sa faute avait causé les dommages. Voilà sans doute pourquoi on a pensé, du reste, qu'il était plus responsable que l'autre. A notre avis, il était le seul responsable. Si l'on a pu retenir une faute d'inattention à la charge de celui-ci, comment pouvait-on aussi retenir comme cause de l'accident la confusion créée par l'autre ? D'autre part, nous ne voyons aucune distinction entre les deux fautes en présence quant à leur gravité, si cela doit être le point important à retenir: jeter la confusion dans l'esprit d'un automobiliste est aussi grave qu'aller trop vite. En fin de compte, il s'agit ici, à notre avis, d'un exemple frappant où le partage selon la gravité des fautes qu'on a prétendu faire n'en était pas vraiment un; il s'agissait plutôt, à la vérité, d'un partage selon la causalité. Pourtant la causalité nous apparaît comme une notion indivisible, si ce n'est par parts viriles.

Ces mêmes commentaires peuvent s'appliquer à un autre arrêt où on a imputé 25% de la responsabilité à l'automobiliste qui, en quelques secondes, face à une automobile qui venait vers lui sur son côté de la route, a choisi d'obliquer à gauche de l'endroit où la collision s'est produite lorsque l'autre automobiliste est revenu à sa droite, plutôt que d'obliquer à droite où il pouvait bénéficier de plus d'espace. C'était une erreur de jugement a-t-on dit. L'autre avait commis une faute beaucoup plus grave ! A notre avis, ils étaient tous deux également responsables. Le premier à cause de sa manœuvre inquiétante pour l'autre, le deuxième parce qu'il a

attendu à la toute dernière seconde pour freiner. Aussi la décision du tribunal de première instance, où la responsabilité fut partagée également, nous paraît plus logique et moins arbitraire (*Bourassa c. Tremblay*, 1971 C.A. 408).

Nous pourrions aussi illustrer nos critiques par d'autres espèces où, par exemple, on a partagé la responsabilité selon une proportion 65-35, la plus grande part de responsabilité étant attribuée à celui qui avait abusé de son droit de passage (*Duchesne c. Binet*, 1971 C.S. 612), et où encore, la victime d'une explosion de pétards fut tenue responsable de son propre malheur dans la proportion d'un tiers (*Castle c. Farkas*, 1971 C.S. 596). Mais point n'est besoin de le faire. Nous préférons insister davantage sur le partage par parts viriles dès que l'on admet qu'il existe plus d'une faute causale. Ainsi nous devons approuver l'arrêt où on a partagé également la responsabilité entre l'automobiliste imprudent à cause de sa vitesse et celui dont la remorque circulait la nuit beaucoup plus lentement que la circulation normale, sans être pourvu de feux rouges: les deux fautes étaient causales de sorte que l'une ne pouvait être dissociée de l'autre; aussi, dans ce sens, elles avaient la « même gravité » ou devrait-on dire plutôt la même causalité (*Charest c. Ouellet*, 1971 C.A. 616). Soulignons aussi une autre décision de la Cour d'appel où furent tenus également responsables un piéton et un automobiliste, là où le tribunal de première instance avait procédé à un partage 20-80 (*Robert c. Laperrrière*, 1971 C.A. 545). Cette décision doit être pleinement approuvée dès qu'on pouvait, comme on l'a fait, retenir deux fautes causales. Enfin notons qu'on a partagé également la responsabilité entre l'employeur qui a fourni un outil en mauvais état à son employé et ce dernier qui aurait dû se rendre compte des dangers auxquels il faisait face et prendre les mesures de sécurité et de prudence nécessaires (*Turmel c. Beaudet*, 1971 C.A. 873).

Le partage de la responsabilité selon la gravité des fautes est un principe faux. Il peut bien être prévu dans certaines dispositions de droit maritime. Ceci ne le met pas, pour autant, à l'abri des critiques auxquels il est sujet dans son fondement même. Et de toutes façons, le fait qu'il soit prévu ou non dans la loi de la marine marchande (1970 S.C.R., ch. S-9), ne nous autorise pas et ne nous a jamais autorisé à l'importer dans notre droit. On pourra bien nous traiter de théoricien si l'on veut, mais cela ne changera certainement pas le fait que le partage selon la gravité est un principe tout aussi théorique, sinon plus, que le partage

par parts viriles. A tout le moins, le partage par parts viriles ne souffre pas de l'arbitraire certain dont ne peut se défaire l'application du principe du partage selon la gravité des fautes. Les partages que l'on rencontre selon tous les pourcentages imaginables ne correspondent pas à la réalité et ne satisfont pas l'esprit logique, car ils ne reposent que sur un subjectivisme inadmissible. Puisqu'il existe une solution beaucoup plus objective, le partage par parts viriles, pourquoi ne pas l'accepter (voir aussi *infra*, n° 72, *Solidarité*) ?

Si le partage de la responsabilité doit être maintenu lorsqu'on est en présence de deux ou plusieurs fautes causales, il n'est plus possible lorsqu'il s'agit de *cause commune*. On ne saurait réduire la responsabilité d'un défendeur sous prétexte qu'un cas fortuit a contribué à la réalisation d'un accident. Ainsi l'acte d'un enfant de cinq ans, incapable de faute, constitue un cas fortuit dont le défendeur ne saurait se prévaloir pour faire réduire partiellement sa responsabilité: il s'agit d'une cause commune mais non d'une faute commune (*Coderre c. Allard*, 1971 C.S. 759). Cette décision fait écho à celle rendue dans *Stagno c. Primo* (1968 C.S. 185). Elle nous paraît conforme aux principes: le cas fortuit et la faute s'excluent; la solidarité de l'art. 1106 C.C. milite contre le défendeur (voir, par ailleurs, nos commentaires sur cette question, 1968-69 *Justinien* 17). Nous devons avouer cependant que la réduction de responsabilité dans le cas d'une cause commune se marie mieux avec le principe du partage selon la gravité des fautes. Ne pas admettre la réduction de la responsabilité implique à notre avis, le rejet du droit existant dans la mesure où il accepte la notion de « gravité des fautes » en matière de responsabilité. Dans ce sens, la décision rendue dans *Éthier c. Lelarge & Cie Ltée* (1968 C.S. 136), où l'on a réduit la responsabilité du défendeur, nous apparaît plus conforme au droit existant. Quant à nous, compte tenu de l'attitude que nous avons prise au sujet du partage de la responsabilité tel que pratiqué actuellement par nos tribunaux, il va sans dire que nous appuyons plutôt la thèse qui ne permet pas de réduire la responsabilité d'un défendeur sous prétexte qu'un prétendu cas fortuit aurait contribué à la réalisation des dommages.

53. *Le préjudice. Nécessité. Motion d'autrui.*

Il est certain que le demandeur ne peut réussir dans une action en responsabilité que s'il démontre d'abord qu'il a subi un préjudice (voir *supra*, n° 27, *Responsabilité du notaire*). D'où le

problème de savoir qui peut prétendre subir un préjudice à la suite d'un accident ? Qui est autrui ?

Lorsqu'il y a décès à la suite d'un accident, autrui est déterminé par l'art. 1056 C.C. qui donne droit d'action aux conjoint, ascendants et descendants. Les tribunaux acceptent d'accorder à ces personnes des dommages pour perte du droit à l'assistance (*servitium*), la perte de la société, des joies matrimoniales, du compagnonnage et du soutien moral (*consortium*). Mais ces dommages peuvent-ils également être réclamés par le conjoint ou les enfants de celui qui n'a été que blessé dans un accident ? Ce problème a été posé récemment à la Cour d'appel alors que la victime d'un accident était atteinte d'une incapacité totale permanente (*Overnite Express Ltd. c. Beaudoin*, 1971 C.A. 774). M. le juge Turgeon assimila cette question à celle du maître qui perdait temporairement ou définitivement les services d'un employé. Selon lui, ces personnes subissent des dommages par ricochet seulement. Affirmant que la jurisprudence n'est pas claire sur cette question, il ajoute cependant que si la portée qu'on avait donnée à l'arrêt *Régent Taxi* (1929 S.C.R. 650) relativement à l'extension du mot « autrui » était réelle, il ne fallait plus en tenir compte de toutes façons, car cet arrêt et la jurisprudence subséquente avaient été répudiés par la Cour suprême dans l'arrêt *La Reine c. Sylvain* (1965 S.C.R. 164). Donc, pour le juge Turgeon, autrui n'englobe pas ceux qui subissent un dommage par ricochet comme, dans l'espèce, le conjoint et les enfants de la victime toujours vivante. Quant à M. le juge Rivard, il a refusé carrément de se prononcer sur cette question, parce que pour lui, cela n'était pas nécessaire. M. le juge Montgomery, dissident, n'a pas voulu se prononcer non plus; il a cependant raisonné comme s'il s'agissait d'un décès et comme si l'on devait appliquer l'art. 1056 C.C. Partageant la responsabilité, il aurait opposé à l'épouse personnellement la part de responsabilité qu'il attribuait à son époux, victime de l'accident, comme on le fait lorsqu'on applique l'art. 1056 C.C. Il a tenu le même raisonnement dans une autre cause où les faits étaient analogues (*Lavoie c. Cyr*, 1971 C.A. 805, 809). Un tel raisonnement semblerait impliquer qu'il est disposé à étendre « autrui » aux proches de la victime contrairement au juge Turgeon.

Ces opinions posent deux problèmes difficiles: 1° les membres de la famille de la victime d'un accident peuvent-ils réclamer personnellement des dommages lorsque la victime survit à l'accident; cette question se pose indépendamment du taux d'incapacité de la victime. Ainsi, par exemple, le mari qui devient incapable de

relations sexuelles obtiendra compensation. Son épouse, aussi affectée, peut-elle obtenir personnellement compensation du responsable ? Le juge Turgeon semblerait disposé à répondre négativement; 2° si l'on admet sous « autrui » les membres de la famille personnellement, doit-on ou peut-on leur opposer la faute de la victime immédiate comme on le ferait si on appliquait l'art. 1056 C.C. ? Remarquons que cette question se pose encore indépendamment du taux d'incapacité de la victime. Ainsi, par exemple, elle pourrait se poser dans l'exemple que nous avons donné ci-dessus.

Abordons d'abord le premier problème. Nous trouvons fort raisonnable l'attitude prise par le juge Turgeon. Permettre à un groupe familial de diviser les dommages qu'on veut réclamer ne peut qu'ouvrir dangereusement la porte, selon nous, à une inflation importante des sommes allouées à titre de dommages à la suite d'un même accident. Dans ce domaine, la division des dommages nous semble devoir entraîner leur augmentation globale. Aussi ne vaudrait-il pas mieux analyser tous les dommages subis du point de vue de la victime ? Nous devons admettre cependant qu'une telle politique judiciaire, qu'elle vienne de la Cour d'appel ou de la Cour suprême, néglige peut-être les principes de base qui doivent servir à définir « autrui ». Il est certain que si la victime souffre d'une incapacité totale permanente, on ne saurait admettre la réclamation de la victime sous ce chef et celle des autres membres de la famille sous le chef de la perte de soutien: il y aurait là un double emploi évident (*Grégoire c. Coutu*, 1971 C.S. 603). Mais lorsqu'il s'agit de dommages pour perte de la joie de vivre, perte des joies familiales, etc. . . , les dommages subis par les membres de la famille semblent pouvoir être divisés: la victime immédiate n'est pas la seule à subir ces dommages, qu'ils soient temporaires ou permanents. Autre exemple: si un employé est victime d'un accident, il obtiendra compensation pour perte de la joie de vivre et autres dommages moraux, qu'ils aient des chefs distincts ou qu'ils soient compris dans les dommages pour incapacité. L'employeur, pour sa part, peut aussi subir des dommages qui lui sont propres: il a perdu soudainement son employé. C'est comme si, par exemple, l'employé était parti sans donner l'avis requis. A ce titre, l'employeur aurait droit à des dommages. Or, si l'employé part à cause de la faute d'un autre, le responsable ne doit-il pas indemniser l'employeur des inconvénients qu'il lui cause ? En conclusion, à notre avis, autrui est toute personne qui subit un préjudice découlant directement de l'acte de l'agent fautif. Les principes directeurs demeurent toujours les mêmes: le préjudice

doit exister d'abord et être direct. Aussi il n'est pas certain que l'on puisse prétendre, encore qu'il s'agisse surtout d'une question de choix de mots, que dans les exemples donnés ci-dessus, le préjudice soit indirect ou subi par ricochet. Selon nous, il s'agirait de cas où l'on peut déceler un lien direct de cause à effet entre la faute et le préjudice subi par les autres membres de la famille ou l'employeur. Les dommages devraient, par ailleurs, être évalués de la même façon ici qu'ailleurs, c'est-à-dire en tenant compte de tous les faits, y compris les aléas de la vie.

La position que nous adoptons nous semble du reste conforme à une jurisprudence quasi unanime. Les arrêts *Régent Taxi* et *Sylvain* mis de côté, nos tribunaux n'étendent-ils pas autrui au-delà de la victime immédiate ? Combien de fois, par exemple, n'a-t-on pas accordé compensation au père d'un enfant, victime d'un accident, ou au mari d'une épouse, pour les dépenses encourues à la suite de l'accident lorsqu'il les réclamait personnellement (voir par ex. : *Dulude c. Carloni*, 1970 C.S. 257; *Ouimet c. Langevin*, 1970 C.A. 428) ? Point n'est besoin d'insister. Le véritable problème ne consiste pas à définir « autrui ». Il repose dans l'application de la définition sur laquelle tous s'entendent : quand le lien est-il direct ? S'il existe, il doit y avoir compensation : l'on ne saurait faire de distinction entre les dépenses encourues et les autres dommages à caractère plutôt moral. Si le préjudice n'est que le résultat indirect de l'acte d'un agent fautif, il ne saurait y avoir indemnisation.

Ainsi, par exemple, l'assureur qui paie les dommages subis par son assuré ne saurait les réclamer du responsable sur la base de l'art. 1053 C.C. contrairement à ce que l'on a déjà jugé (*Home Ins. Co. c. Cité de Rivière-du-Loup*, 1971 C.S. 173) : son préjudice n'est pas direct. Il découle de ses obligations contractuelles, lesquelles visaient justement le risque réalisé et ne dépendaient pas de la nature de la cause du dommage.

De même, l'employeur ne saurait, à notre avis, réclamer en principe autre chose que les dommages qu'il aurait pu réclamer de l'employé si celui-ci était parti sans l'avis requis compte tenu de son contrat d'engagement : le reste est indirect parce que purement aléatoire. D'autre part, si la loi ou le contrat prévoit qu'il doit payer frais d'hospitalisation et frais médicaux, sa situation n'est pas meilleure que celle d'un assureur : il devra obtenir subrogation légale ou conventionnelle. Si la loi ou le contrat stipule que l'employeur doit payer des prestations pendant la convalescence, il doit également obtenir subrogation. S'il paie volontaire-

ment, sans obligation de sa part, il n'améliore pas davantage sa situation: on pourrait même en faire bénéficier le responsable.

Dans le cas du père qui paie pour son enfant, la situation nous paraît différente. La loi lui crée, bien sûr, une obligation alimentaire: mais elle devient plus onéreuse par la faute d'un autre. Et contrairement au cas de l'obligation mise à la charge d'un employeur par la loi ou un contrat, il nous semble que l'obligation n'est pas créée spécialement en prévision d'un accident.

Attardons-nous maintenant au deuxième problème: peut-on opposer à ceux qui réclament des dommages la faute de la victime? Lorsqu'il s'agit de l'art. 1056 C.C., la règle admise par nos tribunaux est qu'on doit opposer à ceux qui réclament des dommages résultant du décès, la faute de la victime décédée (*Rainville Automobile Ltd. c. Primiano*, 1958 S.C.R. 416). Mais cette règle s'applique-t-elle dans tous les autres cas où le demandeur n'est pas la victime immédiate? Lorsqu'il s'agit de l'art. 1056 C.C. on tient le raisonnement suivant: la faute de la victime ne crée pas à sa charge une obligation d'indemniser ses conjoint, ascendants et descendants, car on ne commet pas de délit ou quasi-délit contre soi-même; par conséquent, le responsable est unique et il ne peut y avoir solidarité dont voudraient se prévaloir les bénéficiaires de l'art. 1106 C.C. Inversement, admettre la solidarité serait permettre au défendeur de se faire rembourser en partie par la succession de la victime. Ce serait donc créer une responsabilité à la charge de la victime envers les bénéficiaires de l'art. 1056 C.C. Cet argument, dont dépendent à notre avis, tous les autres, est indiscutablement valide. Peut-il s'étendre aux autres cas? L'affirmative s'impose. Car si le défendeur était condamné à payer la totalité des dommages, il bénéficierait contre la victime d'un recours en remboursement. On arriverait alors aux conclusions qu'on veut éviter lorsqu'il s'agit de l'art. 1056 C.C. Ce serait admettre qu'on puisse commettre un délit ou quasi-délit envers soi-même; ce serait admettre que celui qui se blesse volontairement pourrait être poursuivi par les membres de sa famille. Or, il n'y a aucun principe de responsabilité qui permette de soutenir de telles conclusions. En définitive, c'est dire que ceux qui réclament des dommages personnels doivent toujours se voir opposer la faute contributoire de la victime immédiate, comme celle-ci se la verrait opposer.

54. *Dommages. Généralités: perte de profit, coût de réapprovisionnement, frais d'expertise, appel.*

L'art. 1691 C.C. stipule que le maître d'un ouvrage peut mettre fin unilatéralement au contrat d'entreprise en dédommageant l'en-

trepreneur de ses dépenses et de ses travaux et en lui payant des dommages suivant les circonstances. Cet article du code détermine donc les dommages payables dans ce cas particulier. Il constitue donc une exception à l'art. 1073 C.C. qui énonce la règle générale. Voilà pourquoi l'ingénieur professionnel à qui s'applique également l'art. 1691 C.C. ne saurait, à la suite de la résolution de son contrat d'entreprise (services professionnels), réclamer le profit qu'il aurait fait si le contrat avait été complètement exécuté (*La Corp. du village de Grande-Rivière c. Warren*, 1971 C.A. 827 et jurisprudence citée).

Le coût de réapprovisionnement est un élément dont on doit tenir compte pour évaluer les dommages subis par le contractant frustré par l'inexécution d'un contrat: il s'agit d'une perte (art. 1073 C.C.). Dans le cas d'un locataire qui a dû réemménager ailleurs, on appliquera cette règle. Mais on devra tenir rigueur au locataire de s'être installé dans des lieux plus luxueux tout en tenant compte, d'autre part, qu'il devait, dans les circonstances, se trouver un logement rapidement pendant une période peu propice à la chasse aux logements (*Gauvin c. Milton-Ste-Famille Corp.* 1971 R.L. 530).

On n'accorde pas à un demandeur ses frais d'avocat (frais extrajudiciaires): ce sont des dommages indirects. Les tribunaux refuseront généralement, pour la même raison, d'accorder, à quelque titre que ce soit, à un demandeur les dépenses qu'il doit faire pour les fins de la préparation de son procès, quel qu'il soit. Cela ne signifie pas toutefois que des dépenses de cet ordre ne puissent jamais constituer des dommages directs. C'est là, en tous cas, ce que nos tribunaux semblent prétendre. Nous devons avouer que nous ne saisissons pas très bien la distinction que l'on prétendrait faire entrer entre les cas où ces dommages sont directs et les cas où ils ne le sont pas. Ainsi, par exemple, on accordera souvent à celui qui demande des dommages pour fausse arrestation, pour dénonciation téméraire ou pour poursuite malicieuse les frais d'avocat qu'il lui en a coûté pour se défendre victorieusement devant le tribunal de juridiction criminelle, mais on lui refusera sans doute les dépenses d'avocat à l'occasion de son recours civil en dommages. En quoi les premières dépenses sont-elles plus directes que les deuxièmes? Dans les deux cas, on a retenu les services d'un avocat pour faire valoir son droit en justice! D'autre part, dans une espèce fondée sur l'application de l'art. 1688 C.C. (*Donolo Inc. c. St-Michel Realities Inc.*, 1971 C.A. 536), la Cour d'appel vient

d'admettre catégoriquement qu'un demandeur a droit au remboursement ou au paiement des dépenses nécessaires encourues (frais d'expertise d'un ingénieur) pour déterminer l'existence, la cause, la nature et l'étendue des dommages qui se sont manifestés et pour connaître les moyens d'y remédier. De même, la Cour supérieure a accordé, à titre de dommages à un demandeur les frais d'expertise d'un médecin nécessaires pour établir sa réclamation (*Wood c. Dubreuil*, 1971 C.S. 519; voir aussi *Bourret c. Bromont Inc.*, 1971 C.S. 834). Il existe peut-être une distinction à faire entre ces frais d'expertise et les frais d'avocat, mais si elle est réelle, elle est fort ténue. Le critère du caractère direct ou indirect de ces dépenses semble résider dans leur nécessité. Or un avocat n'est-il pas aussi nécessaire à celui qui veut faire valoir son droit que l'expert dont on a besoin pour l'établir? Quoi qu'il en soit, nous devons, à tout le moins, dire notre accord avec les deux décisions précitées et la jurisprudence antérieure abondante (voir S. W. WEEKER, *Claims for the fees of Experts*, 1971 R. du B. 504). Il s'en dégage un principe reconnu par tous, semble-t-il: les frais d'expertise faits par le demandeur sont payables par le responsable s'ils étaient *nécessaires* au demandeur pour établir sa réclamation.

Plus l'évaluation des dommages est soumise à la discrétion du tribunal, plus les plaideurs sont portés à porter leur cause en appel sur la seule question de l'évaluation des dommages faite par le tribunal de première instance, nous semble-t-il. Ainsi en est-il, par exemple, des dommages pour incapacité permanente, pour perte de soutien à la suite de décès, et pour les dommages moraux de tout ordre. Ce sont là les questions les plus régulièrement soumises à la révision des tribunaux d'appel en matière d'évaluation des dommages. Les tribunaux d'appel ne se laissent évidemment pas prendre au piège. Aussi existe-t-il une règle bien connue, établie par nos tribunaux d'appel, Cour d'appel et Cour suprême, selon laquelle ils n'interviendront « pour modifier le montant des dommages accordés par une cour de première instance que si l'évaluation est tellement disproportionnée qu'elle répugne à la raison et blesse la conscience du juge » (réitéré dans *Overnite Express Ltd. c. Beaudoin*, 1971 C.A. 774, s'appuyant sur *Watt c. Smith*, 1968 R.C.S. 177). Il va sans dire qu'en conséquence l'intervention des tribunaux d'appel dans l'évaluation des dommages est rarissime, compte tenu du nombre de fois où on les invite à intervenir. Mais qui saurait blâmer les plaideurs? Il faut bien avouer qu'il faut aller en appel pour savoir si l'évaluation des dommages

faite en première instance est excessive: ce sont les tribunaux d'appel eux-mêmes qui possèdent la réponse à cette question, dans chaque cas.

55. *Dommages. Incapacité permanente.*

Comme M^e Alfred Zimmerman (*A New Look at Permanent Incapacity*, 1971 R. du B. 515), nous sommes d'avis que lorsqu'il s'agit d'évaluer les dommages pour incapacité permanente, l'on doit distinguer entre l'incapacité physique et l'incapacité économique. La première se confond généralement avec la perte de la joie de vivre tandis que la deuxième a trait à la perte partielle des gains sur lesquels pouvait compter la victime. En faisant cette distinction, l'on procède forcément plus facilement et de façon plus éclairée et plus réaliste à l'évaluation des dommages résultant de l'incapacité permanente. Nous ne croyons pas cependant que l'incapacité physique puisse être établie de façon plus absolue que l'incapacité économique: dans les deux cas, il faut apprécier l'incapacité *in concreto*, c'est-à-dire en tenant compte de toutes les circonstances et éléments propres à la victime. Si le taux médical d'incapacité peut constituer un élément qui peut servir à établir les dommages, il ne signifie rien en lui-même, parce qu'il est trop abstrait. Par ailleurs, nous ne saurions suivre M^e Zimmerman lorsqu'il prétend que nos tribunaux ne semblent pas reconnaître le caractère superficiel du taux médical d'incapacité, non plus que la distinction qui doit être faite entre l'incapacité physique et l'incapacité économique. Au contraire. Même si souvent nos tribunaux indemnisent sous le seul chef d'incapacité permanente la perte de la joie de vivre et l'incapacité économique (confusion que l'on devrait éviter pour faciliter et clarifier les choses), et même si nos tribunaux accordent parfois une valeur absolue au taux médical d'incapacité, sans doute surtout dans les cas où c'est le seul élément qu'ils possèdent pour évaluer (ex.: *Castle c. Farkas*, 1971 C.S. 596, perte d'un œil, 25%), il ne faut pas croire qu'ils n'apprécient pas déjà *in concreto* tant les dommages pour incapacité économique que ceux pour perte de la joie de vivre (voir par ex. *Turnel c. Beaudet*, 1971 C.A. 873; *Potvin c. Noël*, 1970 C.A. 1056; *Gauthier c. Bonnier*, 1970 C.A. 436; *Desjardins c. Hudon*, 1969 B.R. 134; *Robert c. Laperrière*, 1971 C.A. 545; *Charest c. Ouellet*, 1971 C.A. 616; voir aussi *Silburn c. Antagon Const. Co. Ltd.*, 1971 C.S. 403). Les tribunaux ne se refusent donc pas, lorsqu'il leur est possible de le faire, à évaluer l'incapacité économique *in concreto*. Ainsi a-t-on jugé qu'il n'était pas nécessaire

d'être décédé ou dans le coma pour être atteint d'une incapacité totale permanente. Si la preuve révèle qu'à cause de son état mental, un individu ne pourra probablement plus travailler sa vie durant, son incapacité permanente est totale, comme ce serait le cas pour un paralytique, par exemple (*Overnite Express Ltd. c. Beaudoin*, 1971 C.A. 774).

Quand on a établi in concreto le taux d'incapacité, il faut ensuite continuer les calculs pour évaluer les dommages. Dans ces calculs on ne doit pas tenir compte seulement du salaire de la victime au moment de l'accident, mais il faut considérer encore les perspectives d'augmentation (*Overnite Express c. Beaudoin*, précité). On doit tenir compte des perspectives d'emploi et de l'expectative du temps d'emploi. Compte tenu de l'expectative de vie de la victime, on établira le capital nécessaire à l'achat d'une rente mensuelle correspondant au salaire perdu, qu'on pourra déterminer à l'aide des tables de rente, de probabilité de survie et de rentes du gouvernement fédéral (*Duchesne c. Binet*, 1971 C.S. 612; *Mignault c. Habel*, 1971 R.P. 337). Lorsqu'il s'agit d'établir l'expectative de vie d'une victime, on ne peut fermer les yeux sur des éléments concrets. Ainsi on tiendra compte du dossier médical de la victime, déjà atteinte d'un cancer de la gorge, de son attitude, de son refus de travailler et de son refus de prendre les mesures nécessaires pour minimiser les conséquences de son état (*Desjardins c. Lapointe*, 1971 C.A. 847). Il est aussi certain qu'on ne saurait accorder à la victime un capital qui serait transmis intact à ses héritiers après qu'il en eut retiré une rente viagère équivalente à la perte pécuniaire subie (*Duchesne c. Binet*, précité). D'autre part, il arrive souvent que nos tribunaux, après avoir déterminé la somme nécessaire à l'achat d'une rente correspondant à la perte de revenus, la réduise de 30 à 40 pour cent, cette réduction devant rendre compte des aléas de la vie (*Silburn c. Antagon Const.*, 1971 C.S. 403; *Duchesne c. Binet*, 1971 C.S. 612). Nous nous demandons sérieusement s'il n'arrive pas parfois que cette réduction fasse double emploi avec les tableaux dont on se sert pour déterminer en premier lieu le capital nécessaire à l'achat d'une rente. En effet, les chiffres fournis par ces tables actuariales d'expectation de vie et de rentes ne tiennent-ils pas compte eux-mêmes des aléas de la vie du fait que ces tables sont établies à partir de données statistiques générales? Ces chiffres ne correspondent-ils pas à une moyenne qui, de par son essence, tient compte de certains des aléas de la vie? Si tel est le cas, comme nous le croyons, ce serait donc dire que les aléas sont comptés deux fois, lorsqu'on réduit

encore dans le jugement le capital établi par les tables. Nous sommes conscients du fait que dans certains cas les tables actariales ne tiennent pas compte de tous les aléas comme, par exemple, le mariage possible d'une jeune fille. Mais alors une réduction de 10% ne suffirait-elle pas pour compléter les aléas déjà prévus implicitement dans les tableaux de rentes ? Dans les autres cas où les seuls aléas ont trait à la question de la survie, ne devrait-on pas se contenter des aléas déjà compris dans ces tables ?

Si l'évaluation des dommages pour incapacité permanente doit tenir compte de tous les éléments que nous avons mentionnés, c'est surtout parce qu'il n'existe pas chez nous de procédure de révision périodique des dommages. Le tribunal doit régler le tout dans son jugement et il tient compte de tous les éléments existant jusqu'au procès. En conséquence, le tribunal ne saurait tenir compte des facteurs survenus après que la cause est en état, comme par exemple, le décès du demandeur non relié à l'accident. Ce n'est qu'ainsi que l'on peut respecter le principe de la non-révision des dommages par le tribunal (*Laplante c. Montgrain*, 1971 C.S. 849).

Mentionnons enfin que le tribunal a récemment accordé à un étudiant la somme de mille dollars pour perte d'années de classe et retard dans les études (*Duchesne c. Binet*, 1971 C.S. 612).

56. *Dommages moraux.*

Il est souvent difficile, voire impossible, de chiffrer les dommages causés à la réputation et à l'honneur d'un individu dans un cas de diffamation. L'on doit cependant tenir compte, dans cette évaluation, des faits subséquents à la diffamation pour tenter de déterminer le mieux possible l'impact qu'ont pu avoir les propos diffamatoires. D'autre part, si le tribunal doit éviter d'enrichir le demandeur, il doit aussi se garder de « condamner si légèrement le défendeur qu'on puisse en conclure qu'il n'attache que peu d'importance à la réputation et à l'honneur d'un individu » (*Flamand c. Bienvenue*, 1971 R.P. 49). Il est cependant certain que l'évaluation ne peut généralement être qu'arbitraire. Dans l'espèce, le tribunal accorda \$2.000 au demandeur qui en réclamait \$100.000.

Parmi les différents chefs de dommages moraux qu'on indemnise, il y a la perte de la joie de vivre, peine d'abrégement de la vie, douleurs et souffrances. On est disposé en jurisprudence, semble-t-il, à reconnaître aux héritiers le droit de réclamer ces dommages, à la condition que la victime ait eu conscience de ces dommages

entre l'accident et son décès (possibilité à laquelle nous nous sommes déjà opposés: 1971 R.G.D. 317, n° 76, *Dommmages résultant du décès*). Un plaideur rusé a voulu tirer parti de cette règle. Aussi prétendait-il que la victime elle-même ne pouvait réclamer compensation pour perte de la joie de vivre, douleurs, etc., si elle n'en avait pas conscience par suite de la perte de l'usage de sa raison en conséquence de l'accident. La Cour d'appel (*Overnite Express Ltd. c. Beaudoin*, 1971 C.A. 774) n'a pas voulu accepter cette prétention, suivant en cela la Cour suprême (*The Queen c. Jennings*, 1966 R.C.S. 532).

57. *Dommmages résultant du décès* (voir aussi *supra* n° 53, *Préjudice. Nécessité. Notion d'autrui*).

L'évaluation des dommages pour perte de soutien à la suite du décès de la victime d'un accident ne se fait pas différemment de celle des dommages pour incapacité permanente (voir *supra* n° 55, *Dommmages, Incapacité permanente*), avec la différence que la détermination du taux d'incapacité ne suscite évidemment aucun problème. Lorsque la victime est un enfant, la fixation de l'indemnité due aux parents devient cependant plus discrétionnaire et plus délicate. La Cour d'appel a fait récemment une revue élaborée des principes jurisprudentiels qui doivent guider les juges dans l'évaluation des dommages résultant du décès d'un enfant (*Riel c. Murren Co. Ltd.*, 1971 C.A. 375). Dans l'espèce, on accorda à chacun des parents d'une famille nombreuse la somme de \$2.100 pour les perturbations d'ordre familial que cause le décès d'un enfant. Même si les tribunaux se défendent bien d'indemniser le « solatium doloris », il faut bien reconnaître que les dommages accordés ici s'apparentent au « solatium ». Il nous est très difficile, surtout dans cette espèce où la perte de soutien futur ne semble pas avoir été prouvée à la satisfaction du tribunal, de concevoir la distinction qui peut exister entre les dommages accordés et le « solatium ». Quoique la distinction qu'on prétend faire en jurisprudence ne soit pas réelle, à notre avis, il faut bien admettre que, dans l'indemnisation de ces dommages à caractère plutôt moral, nos tribunaux font preuve d'une grande modération dans les sommes qu'ils accordent. Ne serait-on cependant pas plus réaliste et plus franc si, tout en gardant cette même attitude modérée, on admettait simplement qu'on indemnise le « solatium doloris » ? On indemnise quotidiennement des dommages moraux comme, par exemple, la perte de la joie de vivre chez la victime d'un accident. Pourquoi ne pas admettre simplement, compte tenu des faits

révélés par la preuve, qu'un enfant ou qu'un parent ou conjoint constitue de plus d'une façon, une joie bien légitime pour les autres membres de la famille qui ont droit à l'action prévue par l'art. 1056 C.C. ? Dans une autre espèce, on accorda à un père de 68 ans qui a perdu un fils de 11 ans \$2.000 pour perte de soutien moral (solatium) et \$4.000 pour perte de soutien matériel et à la mère, 56 ans, \$3.000 et \$6.000 pour les mêmes chefs (*Dubeau c. Fortin*, 1971 C.S. 447, conf. par C.A., 5 oct. 1970).

Notons, par ailleurs, que dans cet arrêt *Riel c. Murren Co. Ltd.*, précité, on indemnisa les parents de leurs frais funéraires, y compris le lot du cimetière (voir aussi *Dubeau c. Fortin*, précitée). Dans le cas d'un enfant, cela se justifie plus facilement: l'enfant n'a pas de succession qui doit assurer ces frais. On refusa d'indemniser, à bon droit, les dépenses pour linge de deuil.

58. *Dommages prévisibles.*

L'exploitant d'un terrain de stationnement n'est responsable que de la garde de l'automobile et de ce qu'on peut ordinairement y trouver (lunettes, mallette, etc . . .). Mais l'exploitant ne peut être tenu responsable du vol de la bijouterie d'une valeur de \$10.000 qui se trouvait dans le coffre-arrière de la voiture, même si on a demandé à l'automobiliste de laisser les clés dans la voiture. Pour se protéger, l'automobiliste devait avertir l'exploitant ou son préposé du contenu invisible qui se trouvait dans le véhicule. Ce n'est qu'à cette condition que la perte de la bijouterie pouvait constituer un dommage prévisible (*Girard c. National Parking Ltd.*, 1971 C.A. 328). Cette décision s'inscrit bien parmi celles qui ont étudié cette question. En effet, on avait déjà énoncé que l'obligation de garde ne s'étendait qu'au contenu visible de l'automobile, si important soit-il (*Provencher c. Salem Alepin*, C.S. Montréal 666,215) de même qu'au contenu invisible qu'on peut raisonnablement penser trouver dans une automobile (ex.: vêtements de valeur raisonnable, *Broomfield c. Pappas*, 1968, 14 *McGill L.J.* 101), mais non à un contenu invisible de grande valeur, dont l'exploitant ignore la présence (ex.: fourrures, *Atlas Parking Ltée c. Laferrrière*, 1962 B.R. 422).

59. *Clause pénale. Clause de frais de perception et clauses semblables.*

On a jugé qu'un contrat de cautionnement garantissant, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, la fidèle exécution des

travaux par un entrepreneur (construction d'aéroport) constituait une clause pénale. En conséquence, le tribunal pouvait appliquer l'art. 1135 C.C. pour réduire l'obligation de la caution aux dommages prouvés et non au maximum prévu (*La Reine c. Fidelity Ins.*, 1970 Ex. C.R. 626).

Deux des clauses pénales les plus courantes sont indubitablement la clause des frais de perception et la clause d'augmentation de la somme due par un certain pourcentage dans les prêts hypothécaires advenant défaut de payer, faillite, etc. Ces deux clauses nous semblent être identiques à toutes fins utiles. Elles soulèvent, en tous cas, des problèmes identiques. La légalité de ces clauses n'est pas encore reconnue par tous, ni même par la majorité. Il nous semble que les opinions sont partagées également sur la question de la légalité de la clause des frais de perception dans tous les contrats (voir 1971 R.G.D. 325, n° 81). Il appert cependant que, de plus en plus, on trouvera un argument dans l'éventail de ceux qui s'offrent pour juger illégale une telle clause. Ainsi a-t-on refusé d'appliquer une clause en vertu de laquelle un débiteur s'engageait à rembourser les frais de perception, prétextant que la condition n'était pas arrivée. L'éventualité pour le créancier d'avoir à payer de tels frais n'était pas suffisante pour que naisse l'obligation du débiteur: le créancier devait d'abord prouver qu'il avait payé de tels frais. En conclusion, l'action fut jugée prématurée et non fondée. Le tribunal ajouta en outre que la clause était contraire aux règlements du Barreau qui prévoit que l'avocat peut réclamer des frais sur les montants perçus et non sur ceux à percevoir (*Société coopérative agricole de St-Gédéon c. Veilleux*, 1971 C.S. 852). Dans une autre espèce, on a refusé d'accorder une pénalité de 15% dans une action basée sur un acte d'obligation hypothécaire à celui qui l'avait ajouté au solde dû parce que la clause en vertu de laquelle la pénalité était réclamée ne déterminait ni un montant forfaitaire, ni un pourcentage précis: l'obligation du débiteur était donc indéterminée et partant non valable. On a invoqué en outre le fait que la convention entre le créancier et son avocat ne pouvait lier le tiers (*Terrac Inc. c. Bisson* (1971) R.P. 309).

Ces deux seules causes nous laissent entrevoir clairement la gamme fort variée d'arguments auxquels on peut faire appel pour refuser d'appliquer ces clauses. Tout en reconnaissant que l'attitude sévère de la jurisprudence actuellement fortement dominante doit être approuvée, il nous semble qu'on devrait reconnaître davan-

tage que l'art. 1077 C.C. prohibe purement et simplement ces clauses pénales. C'est d'ailleurs le plan sur lequel M^e Yves Caron (*Domages intérêts et clauses pénales*, 1971-72, 74 R. du N. 328) analyse la question lorsqu'il critique un jugement récent de la Cour supérieure (*Great West Life Ass. Co. c. Codère*, 1971 C.S. 541) qui a reconnu la validité d'une « clause pénale de 5% dans un acte d'obligation hypothécaire, sous prétexte que ce cinq pour cent constituait une clause pénale destinée à assurer l'exécution du contrat et à ce titre n'était pas prohibée par l'art. 1077 C.C. qui traite uniquement des dommages moratoires. Nous croyons, comme M^e Caron, que l'art. 1077 C.C. ne souffre pas que la loi des parties puisse y déroger et que, dans les obligations pour le paiement d'une somme d'argent, il s'avère impossible de distinguer entre le retard à payer et le défaut de payer.

Il est certain que l'art. 1076 C.C. prévoit l'évaluation conventionnelle des dommages-intérêts (la clause pénale) dont l'application et les effets sont ensuite réglementés aux art. 1131 et ss. C.C. L'art. 1076 C.C. est cependant suivi de l'art. 1077 C.C. De ce fait, l'art. 1077 C.C. doit être perçu comme une exception au principe de la liberté contractuelle prévue à 1076 C.C., prohibant tout autre dommage que celui de l'intérêt. Les nombreux arguments invoqués par le notaire Caron nous paraissent pleinement satisfaisants. Aussi nous croyons que les clauses pénales dans les obligations de payer une somme d'argent, peu importe le contrat dans lequel elles sont stipulées, sont contraires à l'art. 1077 C.C. qui écarte toute liberté contractuelle dans ces cas, sauf celle de convenir librement d'un taux d'intérêt au cas de retard. Enfin soulignons que l'art. 72 de la loi de la protection du consommateur réglera le problème de la légalité de ces clauses dans nombre de cas en en décrétant l'invalidité. Cette solution devrait d'ailleurs être étendue par nos tribunaux à toutes les clauses pénales semblables. Car cette nouvelle règle constitue de l'avis de M^e Caron, avis que nous partageons, une application de la règle générale édictée à l'art. 1077 C.C.

60. *Acceptation volontaire des risques.*

On invoquera généralement cette notion pour expliquer la solution d'un litige seulement dans les cas où le défendeur n'a pas commis de faute ou dans les cas où c'est le demandeur lui-même qui est fautif. Inversement, il ne peut être question d'acceptation volontaire des risques ou d'appliquer la maxime *volenti non fit*

injuria lorsque le défendeur qui voudrait s'exonérer a commis une faute (1970 R.G.D. 326, n° 82). Ainsi le tribunal a pu dire qu'un cavalier acceptait les risques inhérents au sport d'équitation (*Léon c. Lavigne*, 1971 C.S. 453). L'analyse du jugement nous révèle cependant que le locateur n'avait commis aucune faute; c'est plutôt le cavalier qui avait été fautif en lançant son cheval au trot nerveusement. Par ailleurs, il n'y a pas lieu de parler de risque accepté lors d'un examen en culture physique surtout si le maître a commis une faute en ne plaçant pas les pareurs nécessaires à l'occasion de sauts par-dessus le cheval suédois (*Bouchard c. Les Comm. d'Écoles de Pointe-Claire*, 1971 C.S. 190). De même, il faut que la victime ait agi en pleine connaissance de la nature et de l'étendue du risque attaché à son acte et qu'elle ait consenti librement et volontairement à assumer ce risque, ce qui ne peut être le cas lorsque l'acte de la victime est prévisible à cause de la situation créée par le défendeur; c'est plutôt ce dernier qui a commis une faute. Notons cependant que le tribunal a aussi retenu une faute contributive à la charge de la victime (*Paiement c. Ville Ste-Agathe*, 1971 C.S. 525) (voir aussi *supra*, n° 30, *Responsabilité dans la pratique des sports*).

61. *Faute commune*. Voir *supra*, n° 53, *Préjudice, Nécessité, Notion d'autrui*.
62. *Preuve des éléments de responsabilité* (voir aussi *supra*, n° 39, *Usurpation du fonds voisin*).

La faute peut être établie par présomptions. C'est ce moyen de preuve qu'on invoque lorsqu'on fait appel à la maxime *res ipsa loquitur*. Il ne s'agit à notre avis que de présomptions de faits (1238 C.C.) encore que l'on pourrait facilement se passer d'invoquer cette maxime qui est un concept de Common Law. Les conditions d'application de cette règle, que l'on est peut-être porté à oublier de temps à autre, ont été clairement exposées dans *Parent c. Lapointe*, 1952 S.C.R. 376: « Il n'est pas essentiel qu'elle [la faute du défendeur] soit prouvée par une preuve directe; elle peut l'être par les conclusions que les circonstances justifient de tirer, et par les *inférences qui découlent des faits établis*. Quand, dans le cours normal des choses, un événement ne doit pas se produire, mais arrive tout de même, et cause un dommage à autrui et *quand il est évident* qu'il ne serait pas arrivé *s'il n'y avait pas eu* de négligence, alors, c'est à l'auteur de ce fait à démontrer qu'il s'agit d'une cause étrangère dont il ne peut être responsable... »

Cette règle fut appliquée par la Cour d'appel dans le cas d'un enfant tué par l'écroulement d'une pile de madriers (*Riel c. Murren Co. Ltd.*, 1971 C.A. 367). Nous nous surprenons de cette application fort libérale des présomptions de faits: l'écroulement faisait présumer la négligence du propriétaire-gardien. Puisqu'il était en preuve que la pile s'était écroulée d'elle-même, pourquoi n'a-t-on pas employé l'art. 1054 C.C. ? Les juges de la majorité ont cru en effet le témoignage du défendeur selon lequel la planche n'avait pas pour fonction de retenir la pile. Si tel était le cas, pourquoi ne pas se contenter de la présomption légale applicable prévue au code et relative à la responsabilité du fait des choses ?

Quant à la dissidence du juge Rinfret sur la responsabilité, elle nous semble peu convaincante dans la mesure où l'enfant ne pouvait connaître l'utilité de la planche appuyée sur la pile. Par ailleurs, dans la mesure où il relie l'écroulement à l'enlèvement de la planche il avait raison de refuser d'appliquer l'art. 1054 C.C. Dans un ordre d'idées, la Cour supérieure a voulu souligner que, pour retenir la responsabilité de quelqu'un en vertu d'un incendie, avant même de parler de fardeau de la preuve quant à la responsabilité, le demandeur doit prouver le lieu de la naissance de l'incendie directement ou par présomptions de fait, à défaut de quoi il ne réussira pas. (*Phoenix Ass. Co. c. Metro Industries Co. Ltd.*, 1971 C.S. 436). A défaut de cette preuve, aucune imputation de responsabilité, prouvée ou présumée, ne peut évidemment tenir.

Le fait pour le défendeur d'avoir apporté des modifications ou corrections à une situation à la suite d'un accident constitue-t-il une preuve ou une reconnaissance de responsabilité ? En principe non. Telle est la réponse de nos tribunaux (*Galien c. Cie des Chemins de fer*, 1971 C.S. 812; voir aussi NADEAU et NADEAU, *Traité de la responsabilité*, Wilson & Lafleur, 1970, n° 650). Ce n'est pas à dire toutefois que ces changements ne peuvent pas constituer un élément dans la détermination de la faute. Il s'agit sans doute d'une question de fait. Aussi on peut difficilement désapprouver le tribunal qui a retenu le fait qu'après un accident on avait pris des mesures accrues de sécurité dans le bas d'une glissoire d'hiver (*Bourret c. Bromont Inc.*, 1971 C.S. 834).

La preuve des revenus de la victime a posé un problème inusité dernièrement: quelle est l'incidence d'un rapport d'impôt dans l'évaluation des revenus d'un individu ? Le demandeur prétendait avoir des revenus relativement importants. Le défendeur lui opposa son rapport d'impôt dans lequel son revenu déclaré était de

\$4000, soit la moitié de ce que le demandeur prétendait maintenant avoir gagné. La réponse du tribunal ? Le demandeur n'est pas lié par sa déclaration; s'il a fait une fausse déclaration, il l'a faite à ses risques, face à la loi de l'impôt (*Kovacs c. Lefrançois*, 1971 C.S. 468 conf. par 1971 C.A. 509).

63. *Loi des accidents du travail* (ch. 159, S.R.Q. 1964).

Est un tiers au sens de l'art. 9 de la loi, l'entrepreneur général par rapport à l'employé d'un sous-entrepreneur. En conséquence, le sous-entrepreneur, subrogé dans les droits de son employé à qui il doit payer la compensation, pourra se faire rembourser par l'entrepreneur général qui a commis une faute en ne prenant pas les mesures de sécurité requises (voir *supra*, n° 32, *Responsabilité de l'entrepreneur; Bell Canada c. E.G.M. Cape & Co.*, 1971 C.A. 819).

d) EFFETS DES OBLIGATIONS.

64. *Action en responsabilité. Préavis d'action.*

Dans l'interprétation des dispositions des chartes des cités de Québec et de Montréal comme de celles de la Loi Cités et Villes relatives à l'avis que doit donner la victime d'un accident, il y a lieu d'éviter une intransigeance excessive. Pour ce qui est de la suffisance de l'avis, il faut tenir compte des circonstances qui font de chaque cas un cas d'espèce. La seule mention de la rue (d'une longueur de 2.000 pieds) peut suffire dans un cas et ne saurait suffire dans d'autres cas (ex.: bd Charest ou rue Sainte-Catherine). L'imprécision de l'avis n'est pas fatale si elle n'est pas telle que la cité en ait subi un préjudice ou que le but pour lequel il est exigé (permettre à la cité de faire enquête et décider de la ligne de conduite à suivre) a été atteint. Il est suffisant s'il permet à la municipalité, par une enquête diligente sans être exorbitante, de se rendre compte de la nature et l'étendue de la réclamation (*Giguère c. Samson*, 1971 C.A. 713). Cet arrêt, imprégné du nouvel esprit qui doit animer la procédure, rejette tout formalisme indu dans l'interprétation des règles relatives au préavis d'action.

65. *La loi de l'indemnisation et l'assureur.*

Les art. 6 et 7 L.I.V.A.A. déterminent la responsabilité des assureurs-automobiles. L'art. 6 prévoit que l'assureur est directement responsable envers les tiers jusqu'à concurrence de la somme de \$35.000. Cette disposition ne saurait toutefois permettre à la

victime d'un accident d'intenter une action à l'assureur du prétendu responsable avant d'avoir obtenu un jugement exécutoire contre l'assuré (*Fonds c. Gouger*, 1971 C.S. 197). Le même art. 6 prévoit que l'assureur peut intervenir dans l'instance engagée contre son assuré (voir 1971 R.G.D. 339, n° 88). La seule intervention qui lui est permise est l'intervention conservatoire à l'encontre des prétentions et conclusions de la demande principale. L'assureur n'a aucun intérêt à intervenir pour appuyer la demande et favoriser contre son assuré un jugement qui sera sa propre condamnation. L'intervention conservatoire est permise à l'assureur pour qu'il puisse limiter les dégâts de l'action intentée contre l'assuré, puisqu'il pourrait être appelé à payer à la place de celui-ci. Par ailleurs, l'assureur ne peut intervenir dans l'action intentée à son assuré dans le but de faire prononcer dès cette première action sur son contrat envers son assuré ou pour faire déclarer de suite qu'il peut bénéficier ou non de la franchise d'avarie de 200 dollars (*Beaulieu c. Grenon*, 1971 R.P. 351). Ce jugement semble contredire quelque peu l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *L'Indemnité c. Caron*, 1970 C.A. 683 où l'on avait admis l'intervention agressive de l'assureur, jointe à son intervention conservatoire, pour faire déterminer sa responsabilité personnelle directe.

L'art. 7 L.I.V.A.A. traite de l'obligation subsidiaire de l'assureur du conducteur. Il est important de noter cependant que, si l'assureur du propriétaire paie les \$35.000 de base, l'assureur du conducteur retombe sous l'application du droit commun: en conséquence, ce dernier peut opposer au tiers les clauses de déchéance de la police car le but de la loi qui consiste à assurer une indemnisation minimale de \$35.000 aux victimes d'un accident a été atteint (*Liverpool & London & Globe Ins. Co. c. Blais*, 1970 C. de D. 138).

66. *Mise en demeure.*

En pratique la mise en demeure possède des fonctions bien définies. Elle sert surtout à assurer la bonne foi et le jeu franc entre les parties à un contrat. Elle servira aussi souvent à celui qui veut se défaire d'un contrat dont l'exécution tarde en le dispensant d'obtenir au préalable la résiliation ou résolution judiciaire. Si le créancier devait toujours, avant de se réapprovisionner ailleurs, obtenir l'autorisation préalable du tribunal par la voie d'une action en résolution, l'on s'imagine bien qu'il y aurait plus d'un créancier (vendeur, acheteur, locateur) qui serait placé dans une situation intenable devant les délais relativement excessifs qui doivent s'écou-

ler avant l'obtention d'un jugement. Aussi la mise en demeure constitue-t-elle un excellent moyen pratique de régler dans l'immédiat des questions dont l'urgence est indiscutable. Il est certain que la conduite du créancier pourra être soumise éventuellement à l'étude d'un tribunal. Mais le plus souvent, les tribunaux ratifieraient la conduite du créancier qui s'est comporté en toute bonne foi devant l'exécution tardive d'un contrat en mettant en demeure son débiteur de s'exécuter dans un délai raisonnable, compte tenu des circonstances. C'est peut-être là le rôle pratique le plus important de la mise en demeure. Car le créancier qui se fait justice à lui-même, sans mettre préalablement son débiteur en demeure, dans les cas où la mise en demeure n'a pas lieu de façon automatique, risque fort qu'on lui tienne rigueur de ne pas avoir joué franc, encore que chaque cas doit être étudié à son mérite particulier. Telle est du moins l'importance que la jurisprudence semble vouloir accorder, à bon droit, à la mise en demeure (voir par exemple l'étude fort détaillée de cette question dans *Shorter c. Beauport Realities*, 1969 C.S. 363; A. POPOVICI, *Du droit du locataire de quitter les lieux loués*, 1969-1970, 72 R. du N. 435; J. W. DURNFORD, *The Landlord's obligation to repair and the recourses of the tenant*, 1966, 44 *Can. Bar Rev.* 477; *The Landlord's Warranty against defects and the resources of the tenant*, 1969 *McGill L.J.* 361). C'est sans doute toujours dans le même esprit qu'on a jugé récemment qu'une mise en demeure avec délai de trois jours était *suffisante* lorsque l'appartement loué est mal chauffé. Si le vice n'est pas réparé, le locataire peut considérer le bail comme résilié et quitter les lieux sans demander au préalable la résiliation du contrat (*Gauvin c. Milton Ste-Famille Corp.*, 1971 R. L. 530). Cet esprit doit s'étendre du reste à tous les cas analogues comme à celui qui achète une automobile, au détaillant qui achète des marchandises, etc. . . Dans tous les cas, il faut agir plus vite que ne le peut la justice. La mise en demeure est cependant essentielle pour protéger ses droits; elle constitue une preuve excellente de bonne foi qui doit présider aux relations contractuelles (voir aussi *infra*, n° 70, *Terme*).

67. Exécution spécifique des obligations. Injonction.

L'injonction est une procédure exceptionnelle. Aussi ne sera-t-elle accordée que rarement si des dommages peuvent suffire à réparer le tort causé. De façon plus particulière, l'injonction interlocutoire ne peut être accordée, selon la jurisprudence, que si la « balance des inconvénients » pèse sur celui qui la demande. Ainsi,

nos tribunaux ne semblent pas très disposés, avec raison, à émettre des injonctions interlocutoires ou définitives contre les employés à qui on voudrait opposer des clauses restrictives d'emploi même lorsque celles-ci peuvent être jugées valables (voir *supra*, n° 6, *Liberté contractuelle et ordre public. Clause restrictive d'emploi*). En effet, il est très rare que l'allocation de dommages ne puisse éventuellement réparer la perte de l'employeur; en outre, la balance des inconvénients est toujours en faveur de l'employé généralement aux prises avec une grosse entreprise. Cette attitude fort prudente est bien fondée et doit être approuvée. Une décision récente de la Cour d'appel dans laquelle on a refusé une injonction interlocutoire (*Liberty Mutual Inc. Co. c. Colletterie*, 1971 C. A. 668) s'inscrit bien dans cet esprit qui doit être étendu à tous les cas où est en cause le droit de travailler d'un individu (voir cependant *Imperial Oil Ltd. c. Tanguay*, 1971 C. S. 680, où le tribunal accorda une injonction qui prohibait des actes très précis, à la faveur d'une clause restrictive d'emploi). Cette attitude peut être beaucoup moins sévère s'il s'agit de clauses restrictives de commerce. Ainsi le tribunal accorda une injonction interlocutoire sur la foi d'une clause restrictive de commerce dans un contrat de vente des actions d'un commerce. Dans un tel cas, la balance des inconvénients favorise l'acheteur: ses dommages pouvaient être très difficiles à évaluer, voire irréparables, alors que ceux que pouvait subir le vendeur en raison de l'injonction s'avéraient faciles à déterminer. Le tribunal s'est par ailleurs montré assez large quant à l'octroi d'une injonction, lorsque celle-ci ne faisait que sanctionner l'exécution spécifique d'une clause contractuelle (*La Cie de Sable Ltée c. Hains*, 1971 C.S. 755).

Désobéir à une injonction constitue un mépris de cour. La Cour fédérale a toutefois précisé qu'il ne pouvait y avoir mépris de cour si la « désobéissance » du défendeur résultait d'une interprétation erronée mais non déraisonnable et faite en toute bonne foi des ordres qui lui étaient donnés. Encore qu'il s'agisse d'une espèce qui venait de l'Alberta, nous ne voyons pas pourquoi une telle règle ne s'appliquerait pas aux injonctions « québécoises » (*Koffler Stores Ltd. c. Turner, Hurst Dispensaries Ltd.*, 1971 C.F. 145).

68. *Action paulienne. Prescription. Effets.*

L'ex-épouse (divorcée), créancière d'une pension alimentaire en vertu du jugement de divorce, peut se prévaloir de l'action paulienne pour faire annuler les donations par contrat de mariage

consenties par son ex-mari à sa deuxième épouse, si, en ce faisant, il se rend insolvable (*Tremblay c. Bressani*, 1971 C.S. 580). Dans cette espèce, le tribunal conclut que les biens visés par l'action paulienne demeurent dans le patrimoine du défendeur. Cette conclusion, conforme à l'opinion d'une partie de la doctrine, diffère peut-être cependant de la théorie préconisée par certains selon laquelle l'action paulienne n'a pour résultat que de rendre inopposable au créancier qui l'intente le contrat frauduleux (relativité de l'action paulienne). Car, de toute évidence, si les biens demeurent dans le patrimoine du défendeur, il faut penser que tous les créanciers y ont droit: l'action paulienne leur profiterait donc également; à moins que le tribunal ait voulu dire que les biens ne demeurent dans le patrimoine du défendeur que pour le bénéfice du créancier qui s'est prévalu de l'action paulienne, auquel cas la conclusion reconnaîtrait plutôt le principe de la relativité des effets de l'action paulienne.

Dans le cas d'une cession de biens, le délai de prescription de l'action paulienne (1040 C.C.) court à compter de la nomination du syndic et non à compter de la confirmation de cette nomination (*In re Feldstein : Michel c. Schor*, 1971 C.S. 209). Cette décision est conforme à la jurisprudence existante (*Délisle & Fils Ltée c. De Coster*, 1970 C.A. 740).

e) MODALITÉS DES OBLIGATIONS.

69. *Condition. Réalisation fictive.*

Un agent immobilier ou courtier chargé de vendre ou de louer un immeuble a droit à sa commission même si le mandant vend seul au client trouvé par le courtier. Si l'agent est la cause effective de la vente, et c'est toujours là la question à régler, il a droit à sa rémunération. (*A. E. Lepage Inc. c. Midway Inc. Ltd.*, 1971 R.L. 427). On arrive à la même solution par la voie de l'art. 1084 C.C.: si le mandant empêche la réalisation de la condition en vendant ou en louant lui-même au client trouvé par le mandataire, il empêche la réalisation de la condition. La même règle s'applique si le vendeur qui doit payer la commission au mandataire de l'acheteur refuse *sans raison* de remplir ses obligations ou de signer le contrat notarié qu'il s'est engagé à signer: il empêche la réalisation de la condition à laquelle était soumise l'obligation de payer la commission. Il doit donc la payer, comme s'il avait signé (*Interstate Realties Inc. c. Laurentide Realties Co.*, 1971 C.A. 835).

70. Terme. Détermination. Déchéance.

L'obligation du débiteur de payer une somme d'argent quand sa situation financière le lui permettra est une obligation à terme indéfini (voir 1971, R.G.D. 344, n° 93). L'échéance d'un tel terme doit être déterminée par le tribunal qui devra tenir compte des circonstances. Dans un cas récent, le tribunal a déclaré dans son jugement que l'obligation était échue mais payable à raison de versements mensuels. Il est intéressant de noter que le tribunal ajouta que le débiteur était déchu du bénéfice du terme dont il avait fixé les échéances au cas de défaut de payer à échéance, après avis écrit de dix jours de la part du créancier (*Lemire c. Laroche*, 1971 C.S. 673). Il n'y a pas que dans cette espèce d'obligation que le terme est indéfini. Ainsi lorsqu'un contrat pour la fabrication et livraison d'une chose ne prévoit pas de date de livraison, le délai d'exécution (le terme) est indéterminé. Il faut en conclure que le contrat doit être exécuté dans un délai raisonnable compte tenu de l'ouvrage entrepris et des autres circonstances. Si l'acheteur prétend qu'il y a retard, il doit établir ses prétentions.

Par ailleurs, l'acheteur ne saurait se plaindre sans d'abord faire une mise en demeure, et fixer une date (*Marley Canadian Ltd. c. Canada Ballotini Inc.*, 1971 C.S. 477). A notre avis, dans un tel cas, le défaut de faire une mise en demeure constitue un manquement grave en ce sens qu'elle est indispensable pour déterminer l'arrivée du terme. Toutefois, si une mise en demeure est faite, elle n'ajoute en rien au critère de raisonabilité prévu ci-haut: elle doit accorder un délai raisonnable.

L'art. 1092 C.C. prévoit les cas où le débiteur perd le bénéfice du terme. Ainsi l'insolvabilité entraîne la déchéance du terme. Toutefois le seul défaut de payer à échéance ne constitue pas une présomption suffisante d'insolvabilité et ne saurait à lui seul entraîner la déchéance du terme (*Gravel c. Joncas*, 1971 C.S. 301). Par ailleurs, constitue une diminution des sûretés au sens de l'art. 1092 C.C. le fait de cesser d'assurer l'immeuble contre l'incendie tel que prévu au contrat, de laisser se détériorer l'immeuble et négliger de faire des réparations qui s'imposent. Il n'en serait pas ainsi cependant si les acquéreurs d'un hôtel ne faisaient que perdre leur permis de vente d'alcool. C'est un privilège et non un droit (*Gravel c. Amorosa*, 1971 C.S. 255).

Enfin, on peut se demander si la déchéance du terme à l'encontre d'un débiteur solidaire entraîne déchéance du terme envers

les codébiteurs solidaires. S'appuyant sur l'art. 1109 C.C. et la doctrine, la Cour supérieure s'est prononcée négativement (*Gravel c. Joncas*, 1971 C.S. 301; voir cependant les commentaires relatifs à un autre aspect de cette décision au n° 72. *Solidarité*).

71. *Obligation alternative.*

Un vendeur conditionnel qui reprend possession de l'objet ne peut le garder et réclamer aussi le prix de vente. Il est débiteur ou de l'objet ou du prix de vente (C.A.C. c. *St-Eustache Excavation Ins.*, 1971 C.S. 193). Ses droits ne peuvent être cumulatifs. Cette décision est conforme à la jurisprudence existante.

72. *Solidarité. Existence et effets.*

Nos tribunaux continuent toujours d'affirmer l'existence de la solidarité entre le propriétaire et le conducteur d'une même automobile impliquée dans un accident de la route, quoique certains juges aient exprimé déjà l'opinion contraire (voir 1971 R.G.D. 344, n° 94; 1971 R. du G. 238). Ainsi a-t-on prononcé la solidarité dans les affaires *Mignault c. Habel* (1971 R.P. 337), *Castle c. Farkas* (1971 C.S. 596).

Dans un autre ordre d'idées, nous nous sommes déjà prononcés contre l'existence de la solidarité entre les différents débiteurs qui ont accepté une délégation de paiement à tour de rôle (1971 R.G.D. 347, n° 94). Il ne fait aucun doute que chacun peut devoir la même chose, mais on ne saurait conclure, pour cette seule raison, à l'existence d'une obligation solidaire entre les différents débiteurs, à défaut de stipulation de solidarité. Dans ce sens, il n'y a pas d'objection à constater que tous sont tenus in solidum. Mais cette constatation n'entraîne aucun effet particulier ou, en tout cas, aucun des effets de la solidarité (ex.: interruption de prescription). Pour ces raisons, l'obiter dans lequel le tribunal a semblé pencher en faveur de l'existence de la solidarité « parfaite » dans un tel cas nous semble erroné (*Gravel c. Joncas*, 1971 C.S. 301).

L'art. 1106 prévoit que l'obligation résultant d'un quasi-délit commis par deux personnes ou plus est solidaire. Cette règle a souvent des effets pratiques en matière de prescription. Ainsi il y a solidarité entre le conducteur négligent et la Couronne provinciale lorsqu'il est *allégué* que la condition glacée de la route a contribué à l'accident. En conséquence, cette allégation suffit pour permettre à l'assureur de l'automobiliste de bénéficier d'une interruption de prescription. à l'encontre de la Couronne provinciale, qui lui

résulte de l'action que les victimes avaient intentée à l'automobiliste. La prescription de l'action récursoire de l'assureur, qui a payé complètement les victimes, contre la Couronne provinciale ne recommençait donc à courir qu'à compter du jugement au plus tôt et peut-être même à compter du paiement (sur cette question particulière, voir *infra*, n° 81, *Action récursoire. Fondement, Prescription*), même si la Couronne n'a jamais été impliquée dans l'action intentée par les victimes de l'accident contre l'automobiliste (*La Personnelle, Cie d'Assurance c. Procureur général de la Province de Québec*, 1971 C.A. 859).

D'autre part, l'art. 1106 C.C. est d'application délicate, sinon discutable, dans certains cas comme dans celui d'un accident en chaîne où plusieurs automobilistes frappent respectivement l'arrière du véhicule qui les précède, causant ainsi des chocs répétés aux automobilistes en tête de ligne. On avait déjà refusé le bénéfice de la solidarité au premier automobiliste en ligne contre les autres qui étaient responsables de lui avoir fait subir des chocs successifs pour le motif que la solidarité ne pouvait exister que s'il y avait indivisibilité du préjudice et que si la totalité des dommages (subis par le premier automobiliste) avait été causée par chacune des fautes en présence (*Lever Bros. Ltd. c. Fisher*, 1962 C.S. 617). Dans cette espèce, le juge avait partagé la responsabilité dans les dommages à l'aide de présomptions en faisant la somme totale des dommages et en la partageant ensuite selon la violence des chocs successifs. Le tribunal s'était refusé à tenir rigueur au demandeur de n'avoir pu partager les dommages imputables à chacun. Cette décision, parfaitement raisonnable et justifiable, a semblé être approuvée récemment par la Cour supérieure. Toutefois, dans cette dernière espèce, le juge a prononcé la solidarité et partagé selon la gravité des fautes (en l'occurrence gravité était synonyme de violence des chocs), partage qui ne valait qu'entre les responsables (*Wood c. Dubreuil*, 1971 C.S. 519). Cette décision contredit donc la première. Entre les deux, la décision dans l'affaire *Wood* nous paraît être celle qui protège davantage le demandeur, en ce qu'il pourrait réclamer la totalité de ses dommages de n'importe lequel des automobilistes qui lui ont causé un choc à cause de la solidarité. Du même coup, la décision rendue dans l'affaire *Lever Bros. Ltd.*, nous paraît plus conforme aux principes, car nous ne voyons réellement pas comment on peut justifier l'existence de la solidarité dans un tel cas. Il est intéressant de noter du reste que le tribunal, qui a reconnu l'existence de la solidarité (*Wood c.*

Dubreuil), s'est contenté de la prononcer plutôt que d'expliquer pour quelles raisons elle existait.

L'obligation solidaire à la charge de plusieurs débiteurs permet à celui qui paie de répéter contre les autres les parts et portions de chacun d'eux (1118 C.C.), ce qu'il fera par l'action dite récursoire. Ainsi le co-auteur solidairement responsable d'un accident ou son assureur bénéficie d'une action récursoire contre l'autre co-responsable jusqu'à concurrence de la part de responsabilité de ce dernier dans l'accident. Ne serait-il pas raisonnable d'exiger toutefois de celui qui, après avoir réglé hors-cour, exerce une action récursoire contre le co-responsable qu'il prouvât que les paiements effectués en vertu du règlement correspondent aux dommages subis ? En d'autres mots, ne devrait-il pas prouver l'existence et la mesure des dommages qu'il a payés à la suite d'un règlement ? La Cour d'appel s'est montrée très tolérante sur cette question se contentant pratiquement de la preuve des paiements pour permettre l'action récursoire contre le co-responsable qui se plaignait que les montants payés ne représentaient pas les véritables dommages subis (*Côté c. The Wawanesa Mutual Ins. Co.*, 1971 C.A. 437). Bien que les deux juges de la majorité aient constaté que la preuve des dommages était fort mince, ils n'ont pas voulu intervenir dans le « jugement rendu » par la Compagnie d'Assurance sur l'évaluation des dommages. Même si, *prima facie*, la Compagnie semblait avoir effectué, dans l'espèce, un règlement avantageux, nous pensons que l'attitude du juge Rivard fut beaucoup plus prudente. « Les règlements ont été faits en l'absence du défendeur (co-responsable) et il n'apparaît pas qu'il y ait en aucune façon consenti (p. 442). Et le juge aurait exigé que l'assureur fasse la preuve des dommages qu'il avait payés. A notre avis, c'était là la règle de conduite à suivre. (Voir aussi *supra*, n° 53, *Préjudice. Nécessité. Notion d'autrui.*)

f) EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

73. Paiement. Offres et consignation.

Celui qui reçoit un chèque sur lequel sont inscrits les mots « En règlement final-solde de contrat » ne peut modifier unilatéralement ces inscriptions et l'encaisser ensuite pour prétendre qu'il ne pouvait s'agir d'un paiement final. S'il n'acceptait pas le fait qu'il s'agissait d'un paiement final, il n'aurait pas dû l'encaisser (*R. Lachapelle Ltée c. Nivose Ltée*, 1971 C.A. 685). Cette décision

est conforme à l'attitude générale de la jurisprudence (voir 1971 R.G.D. 349, n° 96).

Dans une autre espèce, la Cour provinciale a refusé de considérer qu'il y avait consignation au sens des art. 1162 C.C. et 189 C.P.C. lorsqu'à la suite d'une offre, l'avocat du défendeur a fait parvenir la somme d'argent offerte pour dette et frais au procureur de la partie adverse. *Même s'il peut s'agir là d'une pratique courante*, le tribunal s'est dit incapable de la sanctionner (*Vazenios c. Marachlian*, 1971 R.P. 239). Il n'y avait donc pas eu consignation telle que requise par la loi.

74. Paiement. Fondement de l'action récursoire.

Le fondement de l'action de celui qui réclame du responsable les dommages qu'il a payés pour lui demeure confus et obscur. Quelle est la base de l'action du co-auteur d'un quasi-délit qui a payé tous les dommages en résultant (1106 C.C.) et qui veut se faire rembourser par l'autre co-responsable les dommages découlant de la part de responsabilité de ce dernier ? S'agit-il d'une action fondée sur la subrogation légale ? Ou doit-il y avoir une subrogation conventionnelle ? S'agit-il d'une cession de créance ? Ou le recours est-il fondé sur l'art. 1053 C.C. en ce sens que le paiement fait par le co-auteur lui cause préjudice ? S'agit-il encore d'un recours fondé sur le mandat ou la gestion d'affaire ? Notre jurisprudence semble bien disposée à invoquer indistinctement tous ces fondements. Il y aurait sans doute lieu de faire le ménage dans cette question.

A priori, il semble bien que l'action du co-auteur soit d'abord une action subrogatoire; puisque la subrogation est légale il n'y a ni nécessité ni utilité à invoquer une subrogation conventionnelle qui serait consentie dans la quittance subrogatoire signée par celui qui reçoit paiement (art. 1155-1°). L'art. 1156-3° C.C. opère subrogation légale au « profit de celui qui paie une dette à laquelle il est tenu avec d'autres ou pour d'autres, et qu'il a intérêt d'acquitter ».

La solidarité de l'art. 1106 C.C. est sans doute prévue ici. Le co-débiteur solidaire (1106 C.C.) qui paie bénéficie donc de la subrogation légale contre l'autre co-débiteur jusqu'à concurrence de la responsabilité de ce dernier. Donc point n'est besoin de subrogation conventionnelle. D'autre part, l'on pourrait prétendre qu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours à la subrogation, ni même à la subrogation légale. L'action pourrait être fondée sur la notion du

negotiorum gestor : le co-auteur qui paie gère l'affaire au profit de l'autre co-responsable. Mais techniquement, la chose ne paraît pas possible selon nous dans la mesure où le paiement n'est pas fait volontairement. Ne pourrait-on pas faire appel à l'enrichissement sans cause ? Nous ne croyons pas car, outre le fait que c'est une notion que l'on emploie abusivement à notre avis, elle ne saurait s'appliquer qu'à défaut d'autres recours. Or, non seulement l'appauvrissement du co-débiteur a-t-elle sa cause dans la loi qui stipule la solidarité (1106 C.C.), mais encore la loi fonde les recours possibles du co-débiteur sur la subrogation légale (1156-1118-1106 C.C.).

Ces règles sont-elles applicables à un assureur ? Ainsi par exemple l'assureur qui paie au propriétaire d'objets détruits ou volés leur valeur voudra se faire rembourser par ceux qui peuvent être tenus responsables de l'incendie ou du vol ! Il en est de même de l'assureur qui paie aux victimes d'un accident les dommages dont son assuré a été le co-auteur avec un autre : il voudra se faire rembourser la part des dommages afférant à la responsabilité de l'autre co-auteur. Quel est le fondement de l'action de l'assureur ? Dans la première hypothèse, il ne peut être question d'appliquer l'art. 1156-3° ; ce n'est que difficilement qu'on pourra prétendre sérieusement qu'en payant son assuré l'assureur paie une dette à laquelle il est tenu pour un autre, le responsable. Car il n'existerait aucun responsable que l'assureur devrait quand même payer. En d'autres termes, l'obligation de l'assureur naît de son contrat, c'est là sa source immédiate et directe, quoique la responsabilité du tiers ait été la cause indirecte de la réalisation de la responsabilité de l'assureur. Il nous semble que pour ces raisons il faille ici une subrogation conventionnelle que d'ailleurs l'assureur ne manque pas de se procurer. Du reste, le contrat d'assurance crée une obligation à la charge de l'assuré de subroger l'assureur dans ses droits (art. 2584 C.C.). C'est dire que l'assureur peut refuser d'indemniser son assuré tant et aussi longtemps que celui-ci refusera de lui signer une quittance subrogatoire (*exception non ad impleti contractus*). Nous notons bien que l'art. 2584 emploie les termes « cession des droits de l'assuré » mais nous ne saurions en conclure qu'il s'agit d'une cession de créance plutôt que d'une subrogation conventionnelle. Pas plus ici qu'en matière contractuelle on ne doit s'attacher aux termes employés : c'est la nature de l'opération qui importe. Or, à notre avis, la cession des droits de l'assuré ne correspond nullement à la cession de créance des art. 1570 C.C. et s. L'assuré ne vend pas sa créance ; il ne saurait, du reste, garantir

à l'assureur qu'il existe un droit d'action contre un tiers (1576 C.C.). La nature des choses nous oblige à penser que la cession ne peut être qu'une subrogation conventionnelle qui opère également « cession des droits ».

Dans la deuxième hypothèse, la position de l'assureur nous semble être exactement la même. Lorsqu'il paie pour son assuré, solidairement responsable avec un autre, il exécute simplement ses obligations contractuelles. Le fait qu'il paie directement les victimes ne modifie aucunement sa position. Nous ne voyons pas comment il pourrait prétendre obtenir une subrogation conventionnelle de la part de la victime.

Techniquement, il paie à la place de son assuré. C'est comme si le paiement était effectué par l'assuré, l'assureur ne faisant figure que de mandataire. A compter du paiement, l'assuré est subrogé légalement. Mais comme dans la première hypothèse, l'assureur devra être subrogé conventionnellement dans les droits de son assuré. Et ce n'est que de cette façon, c'est-à-dire par le truchement de son assuré, qu'il peut alors prétendre être subrogé légalement ou conventionnellement dans les droits des tiers qu'il a payés directement. L'assureur s'identifie à l'assuré et non vice-versa.

Concluons. Le co-auteur (1106 C.C.) lui-même est légalement subrogé dans les droits de la victime contre l'autre co-auteur (1156-1118 C.C.). C'est là le seul fondement de son action récursoire. Point n'est besoin de subrogation conventionnelle. S'il préfère se baser sur une subrogation conventionnelle, il demeure libre de le faire. Mais il n'améliore aucunement sa situation. Quant à l'assureur il ne peut bénéficier de la subrogation légale en principe. Le fondement de son action récursoire doit se trouver dans une subrogation conventionnelle (1155-1°), à défaut de quoi il ne saurait avoir de recours, peu importe les circonstances de son paiement. Il ne peut invoquer à notre avis l'enrichissement sans cause parce que son appauvrissement résulte de ses obligations contractuelles. Il ne peut invoquer la gestion d'affaires parce qu'il ne paie pas volontairement: il est obligé contractuellement. Il ne peut invoquer l'art. 1053 C.C.: son préjudice résulte directement de son contrat. Enfin, il ne saurait obtenir une subrogation conventionnelle de la part des victimes qu'il paie directement dans le cas où il paie pour son assuré: la subrogation conventionnelle ne saurait provenir que de son assuré. Cette subrogation conventionnelle lui permettra, à son tour, de jouir de la subrogation légale ou conven-

tionnelle dont pouvait jouir son assuré. Si l'assureur bénéficie exceptionnellement de la subrogation légale, il pourra alors négliger la subrogation conventionnelle (ex.: art. 6 L.I.V.A.A.). Il en est d'ailleurs de même pour tous ceux qui jouissent de la subrogation décrétée par la loi comme le Fonds d'Indemnisation ou le Fonds des Accidents du travail. Voilà donc, à notre avis, le seul fondement de l'action récursoire: la subrogation. L'action récursoire n'est pas autre chose que l'action subrogatoire. Celle-ci est permise par la loi dans certains cas. Hors ces cas, la subrogation conventionnelle est nécessaire pour qu'il y ait action récursoire dans les hypothèses envisagées, à moins que l'assuré ne donne mandat à l'assureur d'agir pour lui.

Aussi nous ne pouvons accepter l'affirmation du juge Salvat, pour qui « l'assureur qui paie à son assuré une indemnité qu'il est éventuellement obligé de lui payer et ce, à cause de la faute d'un tiers, peut réclamer le remboursement du montant ainsi payé sans subrogation dans les droits de l'assuré » (*Côté c. The Wawanese Mutual Ins. Co.*, 1971 C.A. 437, 440). Il semble s'appuyer sur l'arrêt *Canadian Home Ass. Co. c. Morin* (1969 BR. 704), où l'on avait invoqué l'art. 1053 C.C. comme fondement de l'action récursoire, proposition que nous avons rejetée. A notre avis, ces solutions ne tiennent pas compte des règles juridiques relatives à la subrogation, non plus que de la source de l'obligation de l'assureur, c'est-à-dire le contrat pour lequel des primes lui sont payées.

75. *Prescription. Salaires.*

Les art. 2260, 2261, 2262 font des distinctions entre différents contrats d'engagement pour les soumettre à des délais de prescription différents: salaires des employés non réputés domestiques engagés pour une année ou plus, deux ans; gages des domestiques, commis et employés au jour, à la semaine ou au mois, un an; louage d'ouvrages et prix de travail manuel, professionnel ou intellectuel, cinq ans. Cette dernière catégorie (art. 2260-5° C.C.) constitue le principe de base, les deux autres sont des exceptions. Les tribunaux admettent généralement que les services domestiques rendus entre parents (ex. entre frères) à titre non gratuit mais dont la rémunération n'a pas été fixée par une convention tombent sous la catégorie de base et la rémunération se prescrit par cinq ans, car il ne s'agit pas de gages (2262-3°). En effet, les gages sont une rétribution fixe périodique attachée à un emploi régulier. Or la rémunération payable en l'espèce ne répond pas à cette définition.

D'autre part, l'art. 2261-3° C.C. ne saurait s'appliquer puisque les services rendus étaient des *services domestiques* (*Bélangier c. Bélangier*, 1971 C.S. 812, s'appuyant sur *Gariépy c. Gariépy*, 1956 C.S. 84 et *Gaudet c. Gaudet*, 1959 C.S. 230).

77. *Prescription et droits du créancier en vertu d'une vente conditionnelle.*

A compter de quel moment la prescription de cinq ans relative à la vente d'effets mobiliers (art. 2260-5° C.C.) commence-t-elle à courir dans le cas d'une vente conditionnelle ? Si le créancier réclame le solde dû en vertu du billet attaché au contrat en se basant sur une clause de déchéance du terme, il ne fait aucun doute que la prescription doit courir à compter du moment où a eu lieu la déchéance du terme, en l'occurrence lorsque le débiteur était en défaut de payer et non à compter de la reprise de possession de l'objet (*Lepage Automobile Ltée c. Ouellet*, 1971 R.P. 149). Il nous semble toutefois que dans un tel cas la prescription applicable est celle relative aux billets promissaires (art. 2260-4° C.C.) et non celle de la vente d'effets mobiliers. Quoi qu'il en soit, la solution employée par le tribunal dans l'espèce ci-haut ne nous paraît pas devoir être absolue. Ainsi par exemple, le créancier qui stipule dans un contrat une clause de déchéance du terme et l'exigibilité du solde dans le cas de défaut du débiteur de faire un paiement à échéance ne peut-il pas renoncer à cette clause et poursuivre seulement pour les paiements échus ? Cette question pourrait éventuellement avoir des répercussions sur la prescription. Plutôt que de tout perdre parce que le solde serait prescrit par application de la clause de déchéance du terme, le créancier ne pourrait-il pas prétendre que seuls les versements échus depuis plus de cinq ans (2260-5° C.C.) sont prescrits ?

Par ailleurs, quel est le point de départ de la prescription des droits du vendeur qui, s'étant réservé le droit de poursuivre pour le solde ou, à son choix, de reprendre l'objet et de tenir l'acheteur responsable de la différence de prix après revente, veut les faire valoir en justice ? Que le vendeur exige le solde en vertu du contrat ou le droit de reprise, la prescription applicable serait celle prévue à l'art. 2260-5°, et elle courrait à compter du défaut du débiteur, le choix du créancier n'étant qu'une condition (1085 C.C.).

78. *Prescription. Réclamation en dommages pour vol.*

La prescription pour dommages résultant d'un délit ou quasi-délit (2261, 2° C.C.) s'applique-t-elle à l'action en dommages, c'est-

à-dire en restitution de la valeur d'objets volés, contre un voleur ? La Cour supérieure a réitéré la règle qui semble fermement établie en jurisprudence, selon laquelle cette prescription ne s'applique pas (*Les Ateliers mobiles Paul Grondin Inc. c. Daigle*, 1971 R.P. 170). Cette règle serait basée sur celle qui veut que le voleur ne peut jamais prescrire acquisitivement (2268 C.C.). En ce sens la disposition de l'art. 2268 C.C. constituerait une disposition d'exception visée par l'art. 2261-2° C.C. qui édicte la prescription de deux ans « à défaut d'autres dispositions applicables ».

79. *Prescription. Demande reconventionnelle.*

L'interruption de la prescription opérée par la demande principale bénéficie-t-elle au défendeur pour les droits qui lui résultent de la même source que la demande principale ? Il semble bien qu'une jurisprudence fortement dominante donne une réponse négative à cette question : la réclamation faite dans la défense ou dans une demande reconventionnelle doit être faite avant l'expiration du délai de prescription quand bien même cette réclamation découlerait de la même source que la demande principale (*Lussier c. Anders*, 1971 R.P. 313; *Mailhot c. La Ville de Richmond*, 1969 R.P. 365); *Le Gars c. Francon Real Estate Ltd.*, 1968 R.P. 233; *Cih c. Goelman*, 1967 R.P. 149). Cette jurisprudence n'a pas empêché le juge Ferland de décider le contraire en se basant sur les art. 2224 C.C. et 172 C.P.C. pour qui demande et reconvention en défense constituent une même instance, qu'on doit définir comme l'ensemble des procédures faites dans le but d'obtenir la solution d'un litige (*Paraschuk c. Zuliani*, 1971 R.P. 415). Nous devons avouer que cette deuxième solution nous paraît être la meilleure, compte tenu des arguments avancés. Notons qu'il semble que ce soit cette solution qu'a également préférée le législateur (Modifications au C.C., juillet 72).

80. *Suspension de prescription. Faillite du débiteur.*

La faillite d'un débiteur agit de façon importante sur la prescription. Elle opère suspension de prescription dans la mesure où l'art. 40 de la loi sur la faillite empêche et suspend sauf autorisation du tribunal, tout recours basé sur une réclamation prouvable, jusqu'à la libération du syndic ou le refus d'une proposition. A ce titre, la faillite ou une proposition est une cause qui suspend le cours de la prescription au sens du Code civil. Aussi, si le failli est un débiteur solidaire, le cours de la prescription est également suspendu à l'égard des co-débiteurs solidaires (art. 2239-2231 C.C.).

C'est donc dire qu'à leur égard la prescription reprendra son cours à compter de la libération du syndic. Par conséquent, nous ne croyons pas que dans un tel cas il y ait lieu de parler d'interruption de prescription et de reconnaissance de dette comme l'a fait la Cour provinciale (*La Banque canadienne nationale c. Dulude*, 1971 R.P. 44). Du reste, en l'espèce, l'interruption d'une prescription de cinq ans se serait prolongée pendant huit ans ce qui est inadmissible: car la prescription recommence à courir pour le même temps qu'auparavant, sauf novation (art. 2264 C.C.). Il s'agissait donc bien plutôt d'un cas de suspension que d'interruption de prescription.

81. *Prescription. Action récursoire.*

Nos tribunaux ont semblé poser deux règles quant à la prescription de l'action récursoire: 1) l'action récursoire se prescrit par le même délai de prescription que celui dont bénéficiait le créancier originaire c'est-à-dire par exemple la victime d'un accident, d'un vol ou d'un incendie; 2) la prescription de l'action récursoire ne court qu'à compter du paiement (*Fonds c. Gouger*, 1971 C.S. 197; *Morin c. Canadian Home Ins. Co.*, 1970 R.C.S. 561).

La première de ces deux règles est conforme à la législation du code, dans la mesure où elle est basée sur le fondement de l'action récursoire. Celle-ci ne peut être fondée que sur une subrogation légale ou conventionnelle: c'est la conclusion à laquelle nous sommes arrivés (voir *supra*, n° 74, *Paiement. Fondement de l'action récursoire*). Prenons l'exemple de l'assureur qui dédommage son assuré, victime d'un incendie ou d'un vol. Il est certain que le délai de prescription de son action contre le responsable de l'incendie ou le voleur ne peut être différent de celui dont bénéficiait son assuré contre ces mêmes personnes, pour la simple raison qu'il est subrogé dans les droits de son assuré, que la subrogation soit légale ou conventionnelle (voir, par ex., *Procureur général de la Province de Québec c. Galipeau*, 1969 C.S. 518). La situation du co-auteur d'un quasi-délit n'est pas différente, car le fondement de son action récursoire est aussi la subrogation légale (1156-3° C.C.) ou conventionnelle.

Quant à la deuxième règle en vertu de laquelle la prescription de l'action récursoire ne court qu'à compter du paiement, elle a été créée par les tribunaux qui ont sans doute voulu réécrire le code civil, oubliant les principes de la subrogation et de la prescription. L'argument sur lequel on fonde cette règle est que la prescription

ne saurait commencer à courir avant que ne soit né le droit de recourir à l'action récursoire. Or ce droit naît au moment du paiement. D'autre part, notons qu'on est indécis quant au point de départ du délai de prescription: certains se demandent parfois si la prescription ne pourrait pas à compter du jugement (*La Personnelle c. P.G.P.Q.*, 1971 C.A. 859).

A vrai dire, cette deuxième opinion respecte beaucoup mieux à notre avis les règles de la subrogation et de la prescription. Illustrons l'application de ces règles par des exemples. Premier cas: le co-auteur d'un délit. Supposons que ce dernier soit poursuivi seul par la victime. L'action intentée contre lui interrompt la prescription contre le co-responsable non poursuivi (2231 C.C.) en raison de la solidarité (voir *supra*, n° 72, *Solidarité*). Cette interruption vaut jusqu'au jugement (2224 C.C.). Elle recommence à courir par le même temps contre le co-responsable qui n'a pas été partie au jugement. En d'autres termes, la victime bénéficierait du même délai de prescription contre le co-débiteur solidaire qui n'était pas partie à la première action: cela découle de l'effet relatif du jugement entre les parties et de l'art. 2264 C.C. Le co-auteur condamné à payer la totalité des dommages et qui les paie à la victime qui a gagné son action est subrogé dans les droits de la victime. Par conséquent, il a bénéficié de l'interruption de prescription seulement jusqu'au jugement qui le condamne. La prescription de son action récursoire contre le co-débiteur recommence donc à courir, comme la prescription dont bénéficiait la victime contre le co-débiteur, à compter du jugement. Une fois le jugement rendu, il importe au co-auteur de faire diligence pour payer. Dans cette hypothèse, nous devons donc conclure que la règle, telle qu'elle se dégage des principes du code civil, est que la prescription de l'action récursoire court à compter du jugement et non du paiement.

Si tous les débiteurs solidaires sont condamnés alors qu'ils ont été portés défendeurs à la même action, la victime bénéficie maintenant d'une prescription de trente ans (2265 C.C.) à compter du jugement. Le débiteur qui paie bénéficie également de cette prescription pour son recours contre les co-débiteurs solidaires, car il est subrogé dans les droits du créancier qu'il paie. Encore ici quoique le délai de prescription de l'action soit différent, il commence à courir à compter du jugement. Dans les deux cas, l'assureur du débiteur poursuivi qui paie après jugement ne peut avoir une situation différente de celle de son assuré.

Toujours dans le cas de débiteurs solidaires, supposons maintenant que l'un d'eux paie la dette ou les dommages, avant d'être poursuivi. Il possède toujours son action récursoire pour obtenir remboursement partiel du règlement qu'il a effectué (voir *supra*, n° 72, *Solidarité*). Dans un tel cas, le paiement effectué à la victime avant l'expiration du délai de prescription constitue un acte interruptif de prescription (art. 2227 C.C.) qui interrompt la prescription contre tous débiteurs (2227 C.C.). La prescription recommence cependant à courir immédiatement (2264 C.C.). Il est donc juste de dire que, dans ce cas, la prescription de l'action récursoire court à compter du paiement. Cette solution s'applique également si le paiement est effectué en cours d'instance. S'il y a règlement hors cours avec l'un des débiteurs, l'interruption opérée par l'action s'arrête sans doute au moment où celle-ci s'arrête. D'autre part, si le paiement est effectué par l'un des débiteurs après que la prescription est acquise (sans que jusque-là elle ait été interrompue évidemment), il n'existe plus d'action récursoire au profit du débiteur. Car il n'a payé qu'une obligation naturelle et de toutes façons la renonciation à la prescription acquise qu'il a faite ne peut préjudicier aux co-débiteurs (2229 C.C.). Conclusion: il ne peut qu'espérer un remboursement volontaire de la part des co-débiteurs. Dans tous ces cas, l'assureur ne peut être dans une position meilleure que son assuré.

Deuxième cas: l'assureur. Il s'agit ici du cas de l'assureur qui veut intenter une action récursoire contre le tiers-responsable après avoir indemnisé son assuré, victime d'un incendie ou d'un vol. Nous n'arrivons pas à comprendre comment sa situation pourrait être meilleure que celle de son assuré, ni comment, sous prétexte que la victime des dommages est assurée, le délai de prescription prévu par la loi dont bénéficie le responsable de l'incendie ou le voleur peut être étendu ! L'assuré lui-même n'avait que deux ans pour poursuivre le responsable de l'incendie dont il a été victime, et ce, à compter de l'incendie. L'action récursoire de l'assureur, fondée sur la subrogation, se prescrit donc par deux ans à compter de l'incendie. Toute autre solution serait contraire aux principes. Il ne saurait être question de faire courir la prescription à compter du paiement effectué par l'assureur sans réécrire le code. Si l'assuré est victime d'un vol la position de l'assureur est aussi la même que celle de son assuré, sauf que dans ce cas il n'y aurait aucune prescription possible (2268 C.C.; voir *supra*, n° 78, *Prescription. Dommages pour vol*). Ces solutions sont appli-

cables à tous ceux qui bénéficient, comme l'assureur, d'une subrogation, qu'elle soit légale ou conventionnelle. Ainsi, par exemple, en est-il de la Commission des accidents du travail: son action récursoire est soumise en tous points à la prescription du recours de l'accidenté (*Procureur général c. Galipeau*, 1969 C.S. 518).

Il n'existe donc pas de règle absolue quant à la prescription d'une action récursoire. Ce qu'il faut surtout comprendre, selon nous, c'est que la question doit être réglée à partir des principes du code avec le résultat que, selon les cas, le point de départ de la prescription sera le jugement, le paiement ou l'accident. Mais l'on ne saurait admettre ni justifier un choix arbitraire de l'un de ces points de départ.

B. DOCTRINE.

82. GIROUX, Lorne, *Municipal Liability for Police Torts in the Province of Quebec*, 1970 C. de D. 407.
83. BAUDOIN, Jean Louis, *L'incidence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil*, 1970 R.J.T. 217.
84. JOYAL-POUPART, Renée, *L'accident sportif : fondement du recours de la victime*, 1970 R.J.T. 413.
85. SIMARD, Pierre et DROLET, Michel, *Responsabilité du Transporteur*, *Chronique de Jurisprudence* (*Marier c. Air Canada*, 1971 C.S. 142) 1971 C. de D. 225.
86. POURCELET, Michel, *La responsabilité pour les dommages résultant des vols supersoniques*, 1970 R.J.T. 413.
87. ZIMMERMAN, Alfred, *A New Look at Permanent Incapacity*, 1971 R. du B. 515.
88. WEBER, S. W., *Claims for the Fees of Experts*, 1971 R. du B. 504.
89. JACOBY, Daniel, *Le transfert contractuel de la propriété dans une perspective de réforme*, 1970 R.J.T. 65 à 104; 165 à 187.
90. REIS, Bernard, *Effect of Transfer and Bankruptcy on the Possibility of Compensation*, 1971 R. du B. 313.
91. SLAYTON, Philip, *The Supreme Court of Canada and the Common Law of Contract*, 1971 McGill L.J. 476.

C. LÉGISLATION.

92. *Responsabilité.*

L'art. 1056c C.C. a été modifié par l'addition d'un deuxième alinéa: il peut être ajouté au montant ainsi accordé (montant des dommages) une indemnité calculée en appliquant à ce montant, à compter de ladite date (date de l'institution de la demande), un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'art. 53 de la loi du ministère du revenu (S.R.Q., 1964, ch. 66) sur le taux d'intérêt légal.

Soulignons d'autre part qu'en 1970, le législateur fédéral a édicté une loi sur la responsabilité nucléaire (S.R.C. 1970 1^{er} Supp. ch. 29) où la théorie du risque est à l'honneur.

93. *Conventions sur le corps humain.*

Les progrès marqués de la biologie et de la médecine modernes ont finalement poussé le législateur québécois, sur la recommandation de l'Office de Révision du Code Civil, à se mettre à la page en élaborant une soi-disant réglementation relative aux conventions portant sur le corps humain. Cette réglementation contenue au chapitre de la jouissance des droits civils (art. 18 à 23), qui se veut sans doute bien moderniste, n'a pas ajouté à ce que les règles générales et les principes fondamentaux nous enseignaient déjà. « Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi » (art. 19). Il ne s'agit pas là d'une nouvelle découverte ! Par ailleurs, le consentement d'une personne peut-il justifier l'euthanasie, par exemple ? Sans doute pas. L'atteinte que la personne peut permettre est définie et expliquée à l'art. 20: « Le majeur peut consentir par écrit à l'aliénation entre vifs d'une partie de son corps ou à se soumettre à une expérimentation, pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer . . . L'aliénation doit être gratuite à moins que son objet ne soit une partie du corps susceptible de régénération. Le consentement doit être donné par écrit. » Voilà qui est bien ! Mais quelles sont les sanctions ? Quid si le consentement est verbal ? Quid si un individu se fait payer pour une partie qui ne se régénère pas ? Quid si le consentement est donné en dépit de la connaissance du risque grave ? Quid des transplantations qui ne respectent pas les conditions prévues par la loi (art. 22) ?

Notons du reste que, pas plus qu'avant, l'aliénation à titre gratuit ou à titre onéreux d'une partie de son corps ne constitue un contrat exécutoire: il ne peut s'agir que d'une convention qui n'oblige pas. La révocation du consentement, fût-elle verbale ou seulement implicite, est toujours possible (art. 20) et l'on n'avait pas le choix de l'admettre ou non. Somme toute, voilà une législation qui sous des apparences expresses de modernisme ou de rajeunissement n'ajoute rien de neuf à ce qu'on savait déjà. Ne serait-ce pas un excès de littérature ?