

## **Wabasso: un arrêt tristement célèbre**

**Pierre-Gabriel Jobin\***

### **Introduction**

L'arrêt *Wabasso*<sup>1</sup> était destiné à être célèbre. Dans cette décision du 22 juin 1981, en effet, la Cour suprême du Canada était appelée à trancher une question qui se pose aux tribunaux québécois depuis le début du siècle.<sup>2</sup> Régulièrement, la question dite du cumul, sous une forme ou une autre, revenait devant les tribunaux; depuis une vingtaine d'années, elle s'était même transformée en controverse et on a vu apparaître, dans la magistrature aussi bien que dans la doctrine, des partisans et des adversaires du cumul.

Comme on le sait, l'expression "question du cumul" est trompeuse, puisqu'il s'agit de ce phénomène où une partie a donné son nom au tout: la question, en effet, est de décider à laquelle des solutions suivantes est soumise la victime d'une faute contractuelle. Peut-elle invoquer dans un même recours des règles délictuelles et des règles contractuelles? C'est le thèse du cumul, strictement parlant. La victime a-t-elle le choix d'invoquer soit les règles délictuelles soit les règles contractuelles? C'est la thèse de l'option. Enfin, la victime n'a-t-elle aucune liberté et est-elle restreinte au régime contractuel? C'est la thèse du respect du régime contractuel. Précisons immédiatement que seules les deux dernières thèses étaient en cause dans l'affaire *Wabasso*, comme l'indique d'ailleurs la Cour. La thèse du cumul, d'ailleurs, attire peu d'adeptes et n'occupe pas une part importante des débats sur l'ensemble du problème.

L'intérêt pratique de distinguer les régimes délictuel et contractuel est considérable. Les différences nombreuses entre chacun d'eux sont assez connues<sup>3</sup> pour qu'il suffise d'en rappeler ici les principales, qui concernent tant les conditions que les effets et la mise en oeuvre de la

---

\*De la Faculté de droit, Université McGill.

<sup>1</sup>*Wabasso Ltd v. The National Drying Machinery Co.* [1981] 1 R.C.S. 578, *inf.* [1979] C.A. 279, *inf.* [1977] C.S. 782.

<sup>2</sup>Voir par exemple, *Griffith v. Harwood* (1900) 9 B.R. 299; *Granger v. Muir* (1910) 38 C.S. 68; *Makkinge v. Robitaille* (1917) 51 C.S. 17; *Ross v. Dunstall* (1921) 62 S.C.R. 393; *Verrier v. Daragon* (1925) 63 C.S. 202.

<sup>3</sup>Même si le droit a changé depuis sur quelques points, voir principalement Crépeau, *Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien* (1962) 22 R. du B. 501; voir aussi les ouvrages plus récents de J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle* (1973), nos 19 et 20, aux pp. 14 et 15; J. Pineau & M. Ouellette, *Théorie de la responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd. (1980), aux pp. 189-91.

responsabilité: l'intensité de l'obligation, qui parfois n'est pas la même;<sup>4</sup> la responsabilité du fait des choses, qui au délictuel est soumise à une présomption;<sup>5</sup> la responsabilité du fait d'autrui, qui au délictuel seulement s'identifie à la responsabilité du commettant;<sup>6</sup> la solidarité, qui n'est de règle qu'au délictuel;<sup>7</sup> le caractère prévisible du préjudice susceptible d'être réparé au contractuel;<sup>8</sup> jusqu'à tout récemment, au délictuel, une indemnité supplémentaire à l'intérêt légal;<sup>9</sup> la date à compter de laquelle sont dus les intérêts;<sup>10</sup> l'interprétation de certaines clauses exonératoires de manière à ne couvrir que la responsabilité contractuelle;<sup>11</sup> la nécessité d'une mise en demeure, qui n'existe qu'au contractuel;<sup>12</sup> les conflits de lois dans l'espace<sup>13</sup> et dans le temps;<sup>14</sup> la prescription;<sup>15</sup> enfin, la compétence des tribunaux,<sup>16</sup> qui était justement, dans l'affaire *Wabasso*, la raison concrète pour laquelle se posait le problème de l'option.<sup>17</sup>

<sup>4</sup>Sous l'article 1053 C.c., très généralement, le débiteur est soumis à une obligation de moyens; au contractuel, l'intensité de l'obligation varie très souvent d'un cas à un autre.

<sup>5</sup>Voir art. 1054, al. 1, C.c. Il n'y a pas de disposition équivalente au contractuel. Voir Crépeau, *supra*, note 3, à la p. 509.

<sup>6</sup>Voir art. 1054, al. 7, C.c. Dans le régime contractuel, la responsabilité pour les fautes de ceux que se substitue le débiteur (sous-entrepreneurs, employés, etc.) est automatique sous l'article 1065 C.c.; voir Crépeau, *supra*, note 3, à la p. 509; *Cinépix Inc. v. J.K. Walden Ltd* [1980] C.A. 283. Mais voir *infra*, la discussion de la jurisprudence de la Cour suprême sur la responsabilité hospitalière où cette distinction n'est pas faite bien qu'elle ne soit pas expressément rejetée.

<sup>7</sup>Voir arts 1105-6 C.c.

<sup>8</sup>Voir arts 1074-5 C.c.

<sup>9</sup>Comparer les articles 1056c, al. 2, 1077, al. 1, C.c., et le nouvel article 1078.1 C.c. introduit par la *Loi modifiant la Loi sur les poursuites sommaires, le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1982, c.32, art. 59. Voir l'article 140 de cette loi pour l'entrée en vigueur de l'art. 1078.1 C.c.

<sup>10</sup>Voir arts 1056c, al. 1, et 1077, al. 2, C.c.

<sup>11</sup>Voir *Canada Steamship Lines Ltd v. The King* [1952] A.C. 192; *Agricultural Chemicals Ltd v. Boisjoli* [1972] R.C.S. 278.

<sup>12</sup>Voir art. 1067 C.c. Voir également *Bertalan v. Huels* [1968] B.R. 715; *Bcauregard v. St-Amand* [1962] C.S. 436; *Collin v. Vadenais* (1928) 44 B.R. 89.

<sup>13</sup>Voir art. 8 C.c. Voir aussi *McLean v. Pettigrew* (1945) S.C.R. 62.

<sup>14</sup>Voir Crépeau, *supra*, note 3, à la p. 511; G. Viney, *Traité de droit civil* [;] *Les obligations* [;] *La responsabilité: conditions* (1982), no 179, à la p. 208.

<sup>15</sup>Voir arts 2242, 2260 et 2261, par. 2, C.c., principalement. Cette différence ne s'applique pas dans tous les cas: arts 2260a et 2267, par. 2, C.c.; *Hôpital Notre-Dame v. Patry* [1975] 2 R.C.S. 388.

<sup>16</sup>Voir art. 68 C.p.c.

<sup>17</sup>Voir *Wabasso Ltd v. The National Drying Machinery Co.*, *supra*, note 1; Haanappel, *La relation entre les responsabilités civiles contractuelle et délictuelle: l'arrêt Wabasso en droit québécois et en droit comparé* [1982] Rev.int.dr.comp. 103; Groffier, *Toute la cause d'action* (1981) 41 R. du B. 1102. Sur l'arrêt de la Cour d'appel, voir Tancelin, *Réflexions sur la diversité de la méthode des juges québécois* (1980)

Comme le suggère cette énumération, le problème de l'option est fondamental, puisqu'il recoupe tous les principaux aspects du droit des obligations. C'est aussi un problème fondamental parce que, comme on le verra, il fait appel à certains principes et à des politiques de base du droit des obligations.

Aussi ne faut-il pas s'étonner que certains aient pris position très vigoureusement dans la controverse de l'option.<sup>18</sup> On se rappelle par exemple ces paroles célèbres du Juge Bissonnette, qui a estimé que "l'économie de notre droit civil impose l'impérieux devoir de [se] soustraire [à la thèse de l'option]"<sup>19</sup> et qui ajoutait: "On imagine aisément quelle désastreuse perturbation sur les préceptes séculaires et les plus purs de notre Code civil une telle règle entraînerait."<sup>20</sup> Plus récemment, on pouvait lire sous la plume du professeur Tancelin qu'il n'y a là rien d'autre qu'"une vaine querelle doctrinale"...<sup>21</sup>

Depuis quelques années, on voyait se dessiner l'orientation de la Cour d'appel du Québec. Ainsi, en 1973, le Juge Deschênes, alors membre de cette cour, qualifiait de contractuelle la responsabilité du transporteur de personnes, dans *Surprenant v. Air Canada*.<sup>22</sup> En 1978, dans l'affaire *Manning Marine*,<sup>23</sup> où il s'agissait d'une réclamation entre locateur et locataire considérée par les deux parties sous l'angle de l'article 1055 C.c., le Juge Mayrand indiquait qu'il aurait été "logique" d'appliquer plutôt le régime contractuel mais il s'en est tenu à l'optique choisie par les parties; d'ailleurs, en l'espèce, la solution du litige n'aurait pas été différente au contractuel. Puis, en 1979, précisément dans l'affaire *Wabasso*,<sup>24</sup> le problème était attaqué de front et la Cour se divisait, les Juges Mayrand et Montgomery imposèrent la thèse du respect du régime contractuel et le Juge Paré, dissident, adopta celle de l'option. Mentionnons enfin le jugement dans l'affaire *Cinépix* en 1980,<sup>25</sup> où le Juge Mayrand, pour la majorité, réitérait sa position à propos de la

40 R. du B. 160; Jobin, *L'obligation d'avertissement et un cas typique de cumul* (1979) 39 R. du B. 939; Haanappel, *The Choice Between Contractual and Delictual (Tort) Actions in a Comparative Context* (1980) 11 C.C.L.T. 276.

<sup>18</sup>Voir par exemple, le Juge Deschênes dans *Surprenant v. Air Canada* [1973] C.A. 107, à la p. 125; le Juge Archambault dans *Verrier v. Daragon*, *supra*, note 2, à la p. 211. Voir de plus, Crépeau, *La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien* (1981) 26 R. de d. McGill 673, n. 66, aux pp. 693-6.

<sup>19</sup>Voir *X. v. Mellen* [1957] B.R. 389, à la p. 410.

<sup>20</sup>*Ibid.*

<sup>21</sup>Voir Tancelin, *supra*, note 17, à la p. 164.

<sup>22</sup>Voir *supra*, note 18.

<sup>23</sup>Voir *Manning Marine Ltd v. Chateau Motors Ltd* [1978] C.A. 290, à la p. 292.

<sup>24</sup>Voir *supra*, note 1.

<sup>25</sup>Voir *supra*, note 6.

responsabilité d'un producteur de cinéma, en vertu d'un prêt à usage, pour la faute commise par le cinéaste auquel il avait confié la réalisation d'un film.<sup>26</sup>

L'occasion s'est déjà offerte à la Cour suprême de distinguer les deux ordres de responsabilité et, éventuellement, de permettre un choix entre les deux ou d'imposer l'application du régime contractuel. À cet égard, il faut mentionner la responsabilité d'un hôpital pour les fautes commises par un médecin pratiquant à l'intérieur de ses murs: malgré les critiques répétées de la doctrine,<sup>27</sup> la Cour a persisté dans la voie de l'incohérence en reconnaissant d'une part l'existence d'un contrat de soins entre l'hôpital et le patient et en déterminant d'autre part la responsabilité de l'hôpital selon la responsabilité du commettant.<sup>28</sup> Cette attitude a d'ailleurs plongé la Cour dans des difficultés considérables et inutiles sur le lien de préposition. Il aurait suffi alors qu'elle applique la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, qui est beaucoup plus simple. Mais le problème de l'option n'a pas été véritablement soulevé ou discuté dans ces décisions.

Arrive enfin l'affaire *Wabasso* où la question est posée directement à la Cour suprême: la victime d'un manquement à l'obligation contractuelle d'avertir l'acheteur d'un danger inhérent à la chose vendue en vertu de l'article 1024 C.c., omission qui réunit aussi les conditions d'une faute sous l'article 1053 C.c., est-elle admise, à sa discrétion, à invoquer cette faute délictuelle de manière à donner aux tribunaux du Québec la compétence pour entendre l'affaire, compétence qu'ils n'auraient pas si l'action était contractuelle?<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup>Voir aussi certains arrêts où, sans aborder expressément la controverse de l'option, la Cour d'appel impose l'application du régime contractuel: *Girard v. National Parking Ltd* [1971] C.A. 328; *Continental Casualty Co. v. O'Neill* [1971] C.A. 703; *Tremblay v. Hôpital Chicoutimi Inc.* [1976] C.A. 236; *Quinn Freight Lines Ltd v. Guilbault Transport Inc.* [1978] C.A. 393; *Building Products of Canada Ltd v. Sauvé Construction Ltée* [1976] C.A. 420; *Les Entreprises Intégrées du Polyèdre Inc. v. Gelly* [1979] C.A. 288; *Croteau v. London Life* [1979] C.A. 516; voir aussi *Royal Industries Inc. v. Jones* [1979] C.A. 561; voir de même le jugement laconique de la Cour suprême dans *Desautniers v. Ford du Canada Ltée* [1981] 1 R.C.S. 260.

<sup>27</sup>Voir Perret, *Analyse critique de la jurisprudence récente en matière de responsabilité médicale et hospitalière* (1972) 3 R.G.D. 58, aux pp. 66-74; Stein, *Le contrat, cet inconnu* (1972) 32 R. du B. 369, à la p. 381; Boucher *et al.*, *La responsabilité hospitalière* (1974) 15 C. de D. 219, aux pp. 319-36; Crépeau, *La responsabilité civile du médecin* (1977) 8 R.D.U.S. 25, à la p. 36; A. Bernardot & R. Kouri, *La responsabilité civile médicale* (1980), nos 540-55, aux pp. 356-63; Crépeau, *supra*, note 18, n. 66, aux pp. 694-7, et 717.

<sup>28</sup>Voir *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier* [1969] S.C.R. 745; *Villemure v. Hôpital Notre-Dame* [1973] R.C.S. 716; voir aussi *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent* [1978] 1 R.C.S. 605.

<sup>29</sup>Voir art. 68 C.p.c.

Étant donné l'importance particulière de ce problème pour l'ensemble de la responsabilité civile, la durée et la vigueur de la controverse sur ce problème en jurisprudence et en doctrine, le civiliste, on le comprendra, s'attendait à une grande décision de principe dans cette affaire; il espérait un jugement dans la lignée de ceux que la Cour suprême a rendus dans les affaires *Viger*,<sup>30</sup> *Cargill Grain*<sup>31</sup> et *Kravitz*.<sup>32</sup> Le moment est venu de comparer ces attentes et le jugement unanime du 22 juin 1981, rédigé par le Juge Chouinard.

Une partie importante de la décision est consacrée à une revue de la jurisprudence. Comme on le verra, le but de la Cour dans cet exercice n'est pas parfaitement clair. Quoi qu'il en soit, comme plusieurs ont prétendu que la Cour suprême avait déjà réglé la question de l'option dans des décisions antérieures, il fallait s'attendre à ce que la Cour apporte quelques précisions là-dessus dans l'arrêt *Wabasso*. Nous commencerons donc par quelques observations sur cette revue de jurisprudence. Ensuite, naturellement, nous examinerons la position que la Cour a prise en faveur de l'option ainsi que les motifs qu'elle a invoqués.

### I. La jurisprudence antérieure

Quelle que soit la force que l'on reconnaisse à la doctrine du *stare decisis* en droit privé québécois, il faut admettre que l'attitude de la Cour suprême sera plus circonspecte à l'égard d'une question qu'elle a déjà tranchée que dans le cas contraire. Or des décisions de cette Cour ont été interprétées par certains comme ayant tranché la question de l'option de façon définitive. Il était donc approprié de préciser si la Cour suprême, dans une *ratio decidendi* formelle, s'était déjà prononcée sur ce problème.

On cite souvent, à cet effet, les paroles du Juge Mignault dans l'affaire *Ross*,<sup>33</sup> pour soutenir que, dès 1921, la Cour suprême avait pris position sur ce problème et que les tribunaux devraient se ranger derrière une autorité aussi grande. On se rappellera qu'il s'agissait d'une poursuite dirigée contre un manufacturier pour défaut d'avertissement d'un danger inhérent à la carabine vendue, par une personne qui avait acheté l'arme directement de lui.<sup>34</sup> Le défendeur, parmi d'autres

---

<sup>30</sup>Voir *Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.* [1977] 2 R.C.S. 67.

<sup>31</sup>Voir *Davie Shipbuilding Ltd v. Cargill Grain Co.* [1978] 1 R.C.S. 570.

<sup>32</sup>*General Motors Products of Canada Ltd v. Kravitz* [1979] 1 R.C.S. 790.

<sup>33</sup>Voir *supra*, note 2.

<sup>34</sup>En réalité, l'affaire des carabines *Ross* est double: l'un des demandeurs avait acheté l'arme directement du manufacturier (c'est l'affaire qui nous intéresse), tandis que l'autre demandeur avait acheté la sienne d'un détaillant et ne poursuivait le manufacturier qu'au plan délictuel.

arguments, avait prétendu que l'acheteur avait perdu son recours, en raison de l'article 1530 C.c., car il avait attendu trois ans après l'achat de la carabine pour s'en servir. Voici ce célèbre passage du Juge Mignault, que cite d'ailleurs la Cour suprême dans *Wabasso*:

S'il s'agissait d'une action réhabilitaire en annulation de la vente, l'objection que l'intimé Emery a eu la carabine en sa possession pendant trois ans sans s'en servir serait possiblement fatale. Mais, à mon avis, son action peut, nonobstant les relations contractuelles entre les parties, reposer autant sur l'article 1053 que sur les articles 1527, 1528 C.c. L'article 1053 est appliqué tous les jours au cas de passagers blessés en voyageant par chemin de fer, bien qu'un contrat soit intervenu entre les passagers et la compagnie de chemin de fer pour le transport. Et je ne puis admettre la proposition générale que là où les relations entre les parties sont contractuelles, il ne peut exister en même temps un recours délictuel en faveur de l'une d'elles. Tout dépend des circonstances de chaque cas.<sup>35</sup>

Le Juge en chef Davies a concouru à l'opinion du Juge Mignault dans cette affaire. Indiscutablement, ces remarques d'un grand civiliste ne sauraient être prises à la légère. Mais, à notre avis, elles ne constituent pas une *ratio decidendi* et ne peuvent donc pas être considérées comme ayant tranché la question. En effet, le Juge Mignault précise lui-même dans ce passage qu'en l'espèce le recours n'est pas prescrit parce que c'est une action en dommages-intérêts et non une action réhabilitaire qui, elle, aurait été soumise à l'article 1530 C.c. Il n'y avait donc pas, dans son esprit, d'intérêt à opter entre les deux fondements possibles du recours. Par surcroît, l'extrait suivant, tiré de l'introduction de l'opinion du Juge Mignault dans ce même arrêt, que ne rapporte pas la Cour suprême dans *Wabasso*, confirme cette réserve s'il en est besoin:

This difference in circumstances has given rise to the suggestion that the liability in the *Dunstall case* is delictual and in the *Emery case* contractual. In my opinion, whether the civil responsibility incurred proceeds from a contract or rests on a *quasi-délict* matters very little in this case. ...[W]hile no doubt the code deals separately with the two kinds of responsibility (see articles 1053 and following in the case of *délits* and *quasi-délits*, articles 1070 and following with regard to obligations generally, and articles 1522 and following as to the sale of things having latent defects), and while these articles may be referred to accordingly as they apply to one or the other of the judgments in question on these appeals, I do not apprehend that the practical result of one rule or of the other, as applicable to the cases under consideration, will be in any way different.<sup>36</sup>

Cette opinion ne saurait donc pas constituer un véritable précédent. De plus, dans *Wabasso*, la Cour rapporte le passage suivant des notes du Juge Duff, dans cette même affaire *Ross*:

---

<sup>35</sup>Voir *supra*, note 2, à la p. 422, d'après la traduction qui apparaît dans *Hôpital Notre-Dame v. Patry*, *supra*, note 15, aux pp. 397-8.

<sup>36</sup>Voir *Ross v. Dunstall*, *supra*, note 2, à la p. 415.

Is the appellant responsible? I can see no reason for holding that such responsibility does not arise from the very terms of art. 1053 C.C. unless it can be successfully contended that responsibility in such circumstances is limited to that arising from the contract of sale. I see no reason for such a limitation of the effect of the article mentioned.<sup>37</sup>

Ce passage paraît bien appuyer la thèse de l'option. Pourtant cela devient très douteux quand on le replace dans son contexte et qu'on lit la phrase qui, dans le même alinéa, le suit immédiatement:

I cannot understand why a delictual responsibility towards those with whom the negligent manufacturer has no contractual relation may not co-exist with contractual responsibility towards those with whom he has.<sup>38</sup>

À nos yeux, les propos du Juge Duff s'adressent à la responsabilité délictuelle du manufacturier à l'égard d'un tiers, et non à sa responsabilité délictuelle à l'égard d'un cocontractant.

Enfin, si l'on veut chercher appui dans les opinions exprimées dans ce jugement, pourquoi ne pas faire état, même brièvement, de la forte dissidence du Juge Brodeur en faveur du respect du régime contractuel, lequel est d'ailleurs le seul à approfondir la question?<sup>39</sup> Dans l'arrêt *Wabasso*, la Cour ne précise pas si elle considère que le jugement dans *Ross* a l'autorité du *stare decisis*. Pour les motifs exprimés plus haut, il nous semble qu'il convenait d'apporter cette précision ou, tout au moins, de rapporter au complet l'opinion des juges qui se sont exprimés sur la question.

De plus, la Cour met en relief ce passage où le Juge Mignault souligne que tous les jours la responsabilité délictuelle est appliquée aux réclamations de passagers blessés contre des transporteurs, bien qu'il y ait un contrat de transport entre les parties. Voilà en effet une remarque bien étonnante. Certes, en 1921, l'observation du Juge Mignault était juste. Mais depuis lors, jurisprudence et doctrine ont évolué considérablement en cette matière, on a "découvert" l'article 1024 C.c. et la possibilité de fonder sur lui l'obligation contractuelle implicite de sécurité du transporteur; en conséquence, de plus en plus, le recours du passager blessé est placé sous le régime contractuel de responsabilité.<sup>40</sup>

<sup>37</sup>*Ibid.*, à la p. 396.

<sup>38</sup>*Ibid.*

<sup>39</sup>*Ibid.*, à la p. 403, notamment aux pp. 405-9.

<sup>40</sup>Voir *Surprenant v. Air Canada*, *supra*, note 18, et la jurisprudence y citée, et le commentaire de Pourcelet in (1973) 33 R. du B. 299. Voir également *Air Canada v. Marier* [1980] C.A. 40, *inf.* [1976] C.S. 847; *Marier v. Air Canada* [1971] C.S. 142. Voir également la série de commentaires *L'arrêt Marier sous les feux du droit comparé in* (1981) 26 R. de d. McGill 555-613; Crépeau, *Réflexions sur le fondement juridique de la responsabilité civile du transporteur de personnes* (1961) 7 McGill L.J. 225; Matte, *Rôle de la volonté et de la liberté comme éléments créateurs d'obligations juridiques dans le droit aérien canadien* (1967) 27 R. du B. 520; Mettarlin,

Si l'argument avait un certain mérite à l'époque de l'affaire *Ross*, il n'en a guère maintenant. En conséquence, même en admettant que l'arrêt *Ross* constitue un précédent, techniquement parlant, sa force de conviction est aujourd'hui réduite considérablement.

Le Juge Chouinard, paraphrasant le Juge Mignault, souligne que malgré l'existence d'un contrat entre l'hôpital et le patient, la Cour suprême fonde la responsabilité de l'hôpital pour la faute d'un médecin ou d'un membre de son personnel, non sur la responsabilité contractuelle, mais bien sur la responsabilité délictuelle du commettant.<sup>41</sup> Par cette observation, le Juge Chouinard tente-t-il d'établir des précédents sur l'option ou bien veut-il simplement identifier des situations où le problème aurait pu se poser dans le passé et où il se posera dorénavant si la thèse du respect du régime contractuel est retenue dans *Wabasso*? Comme à propos de l'affaire *Ross*, le texte du jugement est équivoque à cet égard.

De plus, le choix de ces précédents (s'il s'agit bien de précédents dans l'esprit du juge) n'est pas très heureux: comme nous l'avons signalé, ces décisions de la Cour suprême en matière de responsabilité hospitalière sont empreintes de contradiction, puisqu'elles reconnaissent un contrat entre les parties mais qu'elles appliquent la responsabilité délictuelle du commettant. Quoi qu'il en soit, ces décisions, à notre avis, ne sauraient faire autorité sur la question de l'option, puisqu'elles ne l'ont aucunement évoquée. Il aurait été si facile, sur cette base, de les écarter du débat...

D'ailleurs, telle est justement la remarque que prend la peine de formuler la Cour suprême à propos de l'interprétation qui a été suggérée de son arrêt *McLean v. Pettigrew*.<sup>42</sup> Il s'agissait dans cette affaire d'une question de responsabilité du transporteur bénévole en droit international privé. Un auteur a suggéré qu'"implicitement", la Cour suprême y avait "rejeté la thèse de l'option".<sup>43</sup> Dans *Wabasso*, la Cour précise qu'on ne peut pas lui prêter une telle intention dans *McLean* parce qu'elle n'y a pas discuté cette question. Précision légitime, mais qui soulève une question: pourquoi, alors, mettre en relief les arrêts de responsabilité hospitalière, qui eux non plus n'ont pas expressément abordé le problème de l'option?

---

*Contractual and Delictual Responsibility in Quebec* [;] *The Rediscovery of Contract* (1961) 8 McGill L.J. 38; J. Pineau, *Droit des transports terrestres, maritimes et aériens* (1977), aux pp. 52-5 et 162-3; Pourcelet, *Transport aérien de personnes: vers une responsabilité contractuelle* (1971) 31 R. du B. 252.

<sup>41</sup>Voir *supra*, note 28.

<sup>42</sup>Voir *supra*, note 13.

<sup>43</sup>Voir Crépeau, *supra*, note 3, à la p. 548.



Poursuivant sa revue de la jurisprudence, la Cour suprême cite un extrait de son propre jugement dans l'affaire *Alliance Assurance v. Dominion Electric Protection Co.*,<sup>44</sup> notamment où il est dit que "l'existence de relations contractuelles n'exclut aucunement la possibilité d'une obligation délictuelle ou quasi-délictuelle découlant du même fait".<sup>45</sup> En toute déférence pour l'opinion contraire, nous ne voyons pas la pertinence de cette référence, puisqu'il s'agit en l'espèce, non des relations entre les parties au contrat, mais des relations entre une partie et un tiers. La phrase mise en relief ne se rapporte donc pas à l'option, mais à la responsabilité délictuelle d'un contractant vis-à-vis d'un tiers.

Cette revue de jurisprudence laisse le lecteur dans l'incertitude et une certaine déception. Il est certes heureux que la Cour ait ignoré les précédents de *common law* et qu'elle ait précisé que l'arrêt *McLean v. Pettigrew* ne pouvait pas être invoqué comme autorité en faveur de la thèse du respect du régime contractuel. Nous aurions cependant souhaité qu'elle en fasse autant pour d'autres arrêts, notamment celui de *Ross*, qui, aux yeux de certains, constitueraient autant d'autorités sur le sujet. Malheureusement, l'ensemble du jugement, comme nous le verrons en discutant des motifs, donne même l'impression que ces arrêts auraient la valeur de précédents dans l'esprit de la Cour.

## II. Les motifs du jugement

L'arrêt *Wabasso* est un sujet d'étonnement à plusieurs égards. D'abord, il consacre la thèse de l'option alors qu'à notre avis, le mérite respectif des deux thèses en présence dictait clairement la consécration du respect du régime contractuel. Sa forme également appelle des réserves: d'autres observations doivent être ajoutées à celles que nous venons de formuler sur la revue de la jurisprudence antérieure. Enfin, il est quelque peu étonnant que ce soit une décision unanime. En raison de la profonde division de la jurisprudence et de la doctrine, que reflète justement le jugement de la Cour d'appel dans cette même affaire, il nous semblait plutôt prévisible que la Cour suprême rende un jugement majoritaire.

En conséquence, on nous permettra sans doute d'examiner l'arrêt *Wabasso* à partir d'un jugement fictif qui correspondrait à nos attentes, c'est-à-dire un jugement majoritaire et en faveur du respect du régime contractuel. Ainsi, nous allons d'abord essayer de suggérer ce qui aurait pu être, à nos yeux, une opinion minoritaire en faveur de l'option, ce qui nous permettra d'examiner les motifs du jugement qui fut effectivement

---

<sup>44</sup>[1970] R.C.S. 168.

<sup>45</sup>*Ibid.*, à la p. 173.

rendu; puis nous tracerons les grandes lignes de ce qui aurait pu être une opinion majoritaire en faveur du respect du régime contractuel, opinion qui aurait rappelé quelques arguments de cette thèse et aurait réfuté les principales objections qu'on soulève contre elle.

### 1. L'option

Loin de nous la pensée que la thèse de l'option n'a aucun mérite. Voyons, par exemple, deux arguments, parmi d'autres, que nous nous attendions de trouver dans une opinion où la Cour suprême aurait pris position en faveur de cette thèse. Nous analyserons ensuite les motifs qui ont été effectivement retenus par la Cour dans le jugement *Wabasso*.

#### a. *Les arguments en faveur de l'option*

Comme on le sait, des nombreuses différences entre le régime délictuel et le régime contractuel et de la nécessité pratique, comme dans l'affaire *Wabasso*, de choisir parfois entre la règle d'un régime et celle de l'autre surgit la question fondamentale: le législateur a-t-il voulu qu'en cas de conflit de règle la victime ait le choix ou au contraire qu'elle soit soumise exclusivement à la règle contractuelle? Le Code civil n'apporte aucune réponse expresse à cette question. Devant ce silence, il est permis de douter de l'intention du législateur et les tribunaux sont alors justifiés d'intervenir pour déterminer son intention présumée. C'est, en somme, un cas de plus où les tribunaux, usant de leur sagesse et de leur connaissance générale du droit, doivent préciser l'esprit de la loi.

Or il est admis par tous que le but essentiel de la responsabilité civile, qu'elle soit délictuelle ou contractuelle, est d'indemniser la victime. Dans cet esprit, pourrait-on ajouter, les tribunaux doivent, dans toute la mesure de leur discrétion, éviter de priver la victime de son recours en indemnisation pour une simple technicalité. Or tel serait justement la conséquence de la thèse du respect du régime contractuel: la victime d'une faute verrait son recours dénié ou restreint, par exemple, simplement parce que la compétence des tribunaux n'est pas la même au délictuel et au contractuel ou parce qu'il n'y a pas au contractuel, en principe, la solidarité entre les débiteurs qui existe au délictuel. En somme, une saine politique de protection de la victime justifierait la règle de l'option.

Un autre argument peut être avancé à l'appui de cette thèse: c'est celui de l'unité du concept de faute. Dans le contrat comme dans les rapports extra contractuels entre citoyens, la faute reste toujours la violation d'un certain devoir: ce peut être un devoir dont l'objet est précisé par la convention des parties ou prévu par la loi en responsabilité contractuelle, ou ce peut être un devoir général de

prudence en responsabilité délictuelle. Cette unité de la notion de faute est particulièrement frappante quand, comme dans l'affaire *Wabasso*, l'obligation contractuelle est implicite et qu'elle vise à assurer par les moyens raisonnables la sécurité de la victime. D'ailleurs, c'est bien cette unité, semble-t-il, qu'invoque le Juge Paré de la Cour d'appel dans ce passage que citera le Juge Chouinard lorsqu'il écrit: "Cette responsabilité [délictuelle] existerait même si aucun contrat n'avait existé et que [la victime] eût été mise en possession de l'objet dangereux que par une tolérance de la part de [l'auteur de la faute]".<sup>46</sup> En d'autres mots, dès qu'il y aurait violation d'un devoir de prudence par un contractant, il y aurait faute délictuelle et contractuelle et le fait qu'elle soit commise à l'intérieur d'un contrat ne ferait pas disparaître la faute délictuelle; d'où la possibilité pour la victime d'invoquer la responsabilité délictuelle.

Comme on le voit, il existe plus d'un argument de fond en faveur de la thèse de l'option. Il suffit de consulter la doctrine pour trouver une discussion de ce problème.<sup>47</sup> Il est donc légitime de nous demander quels types d'arguments se trouvent dans cet arrêt de principe où la Cour suprême a voulu consacrer la thèse de l'option.

#### b. *Les motifs de l'arrêt Wabasso*

En réalité, on découvre dans l'arrêt *Wabasso* trois types de motif: le précédent judiciaire, l'opinion de la doctrine et des arguments de fond. Mais avant de les décrire, une constatation préliminaire s'impose.

À l'exception de quelques lignes où la Cour indique simplement que la responsabilité hospitalière est délictuelle malgré la présence d'un contrat et dans un autre passage, où elle précise la portée de l'arrêt *McLean v. Pettigrew*,<sup>48</sup> les arguments sont exprimés au moyen d'extraits de la jurisprudence et de la doctrine. Certes, la citation est une méthode parfois très valable. Mais, dans cette décision de principe, il nous paraît regrettable que la Cour suprême n'ait pas elle-même discuté le fond de la question et formulé les motifs de son jugement dans ses propres mots. Cela est d'autant plus regrettable que, des nombreux extraits cités par la Cour, il y en a assez peu qui s'adressent véritablement aux arguments de fond sur la question.

<sup>46</sup>*Supra*, note 1, à la p. 283 (C.A.).

<sup>47</sup>Voir par exemple H. & L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6<sup>e</sup> éd. par Tunc (1965), t. I, nos 192 et seq., aux pp. 247 et seq.; G. Cornu, "Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle" in *Travaux de l'Institut de droit comparé de Paris* (1962), pp. 239 et seq.; Crépeau, *supra*, note 3; J. Carbonnier, *Droit civil* [;] *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd. (1969), t. IV, no 14, aux pp. 417-20.

<sup>48</sup>Voir *supra*, note 42.

Les arguments les plus convaincants sont évidemment ceux qui discutent du mérite respectif des deux thèses en présence. Le jugement *Wabasso* en invoque trois. C'est d'abord l'unité du concept de faute, que nous avons signalée plus haut. C'est ensuite la dichotomie entre le régime contractuel applicable entre les parties et le régime délictuel applicable entre une partie et un tiers pour une même faute, dichotomie à laquelle conduirait la thèse du respect du régime contractuel. Nous reviendrons sur ces arguments, qui ne nous semblent pas décisifs. C'est enfin le caractère artificiel de l'intention présumée des parties au contrat, selon les tenants de la thèse du respect du régime contractuel, d'être régies uniquement par des règles contractuelles. Le Juge Paré, que citera le Juge Chouinard, écrit à ce sujet:

A ceux qui pourraient dire que les parties au contrat ont entendu limiter leur responsabilité réciproque aux seules exigences contractuelles, je répondrais que toute limitation à quelque responsabilité que ce soit, et ce dans les seules limites permises, ne peut résulter que d'une entente définie et non pas d'une simple hypothèse d'intention, sur laquelle repose nécessairement cette doctrine.<sup>49</sup>

Cette critique de la thèse du respect du régime contractuel nous paraît fondée, malgré le fait qu'elle ne soit pas décisive.

Ces motifs ont quelque chose d'étonnant. Bien qu'ils soient les plus forts, ils semblent bien n'avoir qu'une valeur secondaire dans l'esprit de la Cour, puisqu'ils ne sont énoncés qu'après la conclusion exprimée par la Cour sur le problème de l'option.<sup>50</sup> Ils sont ajoutés, comme des arguments additionnels: pourquoi ne pas leur avoir donné la première place, celle qui leur revient?

Les motifs qui précèdent cette conclusion, et qui semblent donc être les principaux dans l'esprit de la Cour, sont de deux ordres: l'opinion de la doctrine et le précédent judiciaire.

Le recours à la doctrine, s'il est en principe admis et même souhaitable, s'avère en l'espèce un exercice sujet à critique. On se demande en effet comment ont été choisis les deux ouvrages cités.

Comme unique représentant de la doctrine québécoise, la Cour rapporte quelques lignes de la première édition du traité sur la responsabilité de monsieur Nadeau.<sup>51</sup> Malgré tout le respect dû à cet

---

<sup>49</sup>Voir *supra*, note 1, à la p. 283 (C.A.).

<sup>50</sup>Ces arguments apparaissent uniquement dans le passage qui suit le paragraphe suivant: "*Je conclus* qu'un même fait peut constituer à la fois une faute contractuelle et une faute délictuelle et que l'existence de relations contractuelles entre les parties ne prive pas la victime du droit de fonder son recours sur la faute délictuelle. Je suis d'accord avec le passage suivant du juge Paré" [nos italiques]. Voir *supra*, note 1, à la p. 590 (C.S.C.).

<sup>51</sup>Voir A. Nadeau, *Traité de droit civil du Québec* [;] *La responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle* (1949), à la p. 29. Voir aussi A. & R. Nadeau, *Traité de*

auteur, il nous semble que la Cour suprême, lorsqu'elle décide d'invoquer l'opinion de la doctrine et que celle-ci est profondément divisée, devrait rendre compte de ses principaux courants de pensée, sans pour autant devoir nécessairement citer tous et chacun des auteurs. En l'espèce, il nous paraît regrettable que la Cour suprême n'ait cité qu'un ouvrage, appuyant la thèse de l'option, et qu'elle ait ainsi omis de faire état d'une importante doctrine québécoise en sens contraire.<sup>52</sup> En agissant ainsi, la Cour donne l'impression qu'elle ignore que, dans cette décision, elle tranche une vive controverse entre deux écoles de pensée, en doctrine comme du reste en jurisprudence.

Plus étonnant encore est l'appel que fait la Cour à la doctrine française. Là encore, elle ne cite qu'un auteur, mais après avoir précisé, cette fois, que cet auteur ne représente pas l'opinion dominante... La grande majorité de la doctrine française moderne, en effet, appuie, au moins dans son principe sinon dans toutes ses ramifications, la thèse du respect du régime contractuel.<sup>53</sup> Pourtant, c'est une opinion "minoritaire", émise en 1951, et elle seule, qu'invoque la Cour suprême du Canada. Si grande que soit la réputation de Savatier, on reste perplexe devant ce choix: tant qu'à faire appel au droit d'un pays où cette question a été étudiée depuis fort longtemps et par un nombre considérable d'auteurs et de magistrats, ne fallait-il pas ou bien suivre la solution qui y a été adoptée par la jurisprudence<sup>54</sup> et la doctrine, ou bien donner des motifs pour lesquels on la rejette?

---

*droit civil* [;] *La responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle* (1971), où la même opinion est exprimée aux nos 44-6, aux pp. 28-32. La Cour suprême cite un autre auteur québécois, il est vrai, mais uniquement pour poser le problème et pour critiquer l'interprétation que cet auteur a proposée de l'arrêt *McLean v. Pettigrew*, *supra*, note 13. Voir aussi Crépeau, *supra*, note 3.

<sup>52</sup>Voir principalement Crépeau, *supra*, note 3, aux pp. 552-7; Baudouin, *supra*, note 3, no 23, à la p. 18; Pineau & Ouellette, *supra*, note 3, aux pp. 191-6; L. Perret, *Précis de responsabilité civile* (1979), à la p. 25; Mettarlin, *supra*, note 40, *semble*; Stein, *supra*, note 26. Voir *eontra*, Nadeau, *supra*, note 51; M. Tancelin, *Jurisprudence sur les obligations*, 2<sup>e</sup> éd. (1981), t. II: *La responsabilité civile*, aux pp. 357-9, ainsi que *Théorie du droit des obligations* (1975), aux pp. 180-2.

<sup>53</sup>Voir H. & L. Mazeaud, *supra*, note 47, nos 192-207, aux pp. 247-59; Viney, *supra*, note 14, nos 232 *et seq.*, aux pp. 275 *et seq.*; G. Marty & P. Raynaud, *Droit civil* [;] *Les obligations* (1962), t. II, vol. 1, nos 368 *et seq.*, aux pp. 337 *et seq.*; H., L. & J. Mazeaud, *Leçons de droit civil* [;] *Obligations*, 6<sup>e</sup> éd. par Chabas (1978), t. II, vol. 1, no 404, aux pp. 376-8; B. Starck, *Droit civil* [;] *Obligations* (1972), no 2257, à la p. 666; A. Tunc, *La responsabilité civile* (1982), nos 44-7; A. Weill & F. Terré, *Droit civil* [;] *Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd. (1980), no 759; M. Planiol & G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français* [;] *Obligations*, 2<sup>e</sup> éd. par Esmein (1962), nos 439 *et seq.*, aux pp. 591 *et seq.*

<sup>54</sup>Voir H. & L. Mazeaud, *supra*, note 47, nos 188 *et seq.*, aux pp. 242 *et seq.*; Viney, *supra*, note 14, nos 218 *et seq.*, aux pp. 262 *et seq.*; H., L. & J. Mazeaud, *supra*, note 53.

Mais il y a davantage. Malgré la généralité des termes employés par Savatier dans l'extrait cité par la Cour suprême,<sup>55</sup> l'opinion de cet auteur est singulièrement nuancée. En effet, si on lit l'ensemble de la section de son traité, de laquelle est tiré l'extrait en question, on constate que Savatier soumet l'option à des conditions qui en réduisent considérablement la portée.

Pour qu'il y ait matière à option d'après Savatier, il faut d'abord qu'il y ait violation d'un *devoir indépendant du contrat*; ainsi, il ne suffit pas que le locateur ait manqué à son devoir de procurer la jouissance paisible des lieux, ce qui conduirait uniquement à la responsabilité contractuelle, il faut, par exemple, qu'il ait commis un dol, au sens strict, ou encore qu'il ait violé un règlement sur l'hygiène.<sup>56</sup> Développant cette idée, Savatier écrit qu'il n'y a pas d'option lorsque le devoir général de ne pas nuire à autrui "est absorbé par le contrat", c'est-à-dire lorsque "la cause du dommage réside exclusivement dans l'inexécution" du contrat;<sup>57</sup> c'est ainsi que l'obligation du locateur de procurer la jouissance paisible ne donne ouverture qu'au recours contractuel, sauf, par exemple, si le locateur se livre à des coups et blessures par imprudence.

Deuxièmement, pour que l'option soit permise, selon cet auteur, il faut que la victime ait subi "un dommage ... autre que le simple bénéfice du contrat";<sup>58</sup> ainsi l'acheteur qui n'a pas reçu livraison ne saurait invoquer la faute délictuelle pour réclamer le bénéfice qu'il aurait réalisé lors de la revente du bien; cet acheteur aurait un recours délictuel pour réclamer du vendeur la somme qu'il a dû verser à un tiers parce que, faute d'avoir obtenu le bien vendu, il n'a pu remplir ses engagements vis-à-vis ce tiers.

On voit donc que la conception de l'option que se fait Savatier est assez éloignée de celle qui est communément admise au Québec. Il est par conséquent fort étonnant que la Cour suprême, en s'appuyant sur cet auteur, n'ait pas fait les réserves qui s'imposaient, ou qu'elle n'ait pas choisi un autre auteur.

Le troisième type de motif employé dans le jugement *Wabasso* est l'autorité du précédent judiciaire. Nous avons plus haut fait état de la revue de jurisprudence à laquelle se livre la Cour: l'affaire des carabines

---

<sup>55</sup>Voir R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2<sup>e</sup> éd. (1951), t. I, no 148, aux pp. 192-3.

<sup>56</sup>*Ibid.*, no 152, aux pp. 197-8.

<sup>57</sup>*Ibid.*, no 153, à la p. 199.

<sup>58</sup>*Supra*, note 56.

Ross,<sup>59</sup> la responsabilité hospitalière, la responsabilité du transporteur, *McLean c. Pettigrew*,<sup>60</sup> enfin l'affaire *Dominion Electric Protection*.<sup>61</sup>

Nous avons alors souhaité que la Cour indique clairement que la question de l'option n'avait pas encore fait l'objet d'une décision. Effectivement cette précision est apportée à propos de l'arrêt *McLean*. Pour le reste cependant, l'intention de la Cour à travers cette revue de la jurisprudence n'apparaissait pas clairement à première vue: voulait-elle simplement situer le problème et en montrer les implications ou cherchait-elle un appui dans des précédents?

Mais l'examen des arguments de fond et de l'opinion de la doctrine nous fournit maintenant des indices qui portent à penser que la Cour suprême voyait effectivement ces arrêts comme des précédents. En effet, puisque les arguments de fond sont présentés comme additionnels ou secondaires, si la Cour n'avait pas considéré la jurisprudence antérieure comme une autorité, au moins dans une certaine mesure, elle aurait rendu ce jugement de principe sur la base de l'opinion d'un seul auteur québécois et de celle, minoritaire, d'un auteur français, ce qui, en l'occurrence, serait bien mince et semble donc fort peu probable.

Ainsi, et sous réserve d'une interprétation peut-être erronée des intentions de la Cour suprême, celle-ci, une fois encore, semble d'abord préoccupée d'éviter tout conflit avec un précédent. Cette attitude est dangereuse. D'une part en effet, ce jugement illustre qu'à force de rechercher des précédents on risque d'en inventer: d'abord, la Cour est ainsi amenée à considérer un arrêt qui n'a rien à voir avec l'option;<sup>62</sup> ensuite, il était vain de chercher un précédent de la Cour suprême sur le problème de l'option, parce que, à notre avis, ce tribunal n'en avait pas encore été vraiment saisi. D'autre part, sans reprendre le débat sur les vertus du *stare decisis* qui vient de s'ouvrir à nouveau et sur l'effritement actuel de cette règle en jurisprudence,<sup>63</sup> nous rappellerons simplement que ce qui pouvait légitimement paraître souhaitable au Juge Mignault en 1921 n'est pas nécessairement acceptable en 1981 dans le contexte d'un droit qui a évolué.

Il nous faut donc constater, malheureusement, que la facture même du jugement rendu dans l'affaire *Wabasso* est assez éloignée de nos

<sup>59</sup>Voir *Ross v. Dunstall*, *supra*, note 2.

<sup>60</sup>Voir *supra*, note 13.

<sup>61</sup>Voir *Alliance Assurance v. Dominion Electric Protection*, *supra*, note 44.

<sup>62</sup>*Ibid.*

<sup>63</sup>Voir Bale, *Casting off the Mooring Ropes of Binding Precedent* (1980) 58 R. du B. can. 255, et la jurisprudence y citée; Tancelin, *supra*, note 17, ainsi que *L'utilisation concurrente de la règle du précédent et de la mauvaise interprétation de la Loi ou comment un précédent erroné ne devrait pas faire jurisprudence* (1979) 39 R. du B. 971.

espérances. Comme on l'a vu, il aurait été possible de faire reposer un jugement en faveur de l'option sur des arguments de fond tout à fait défendables. Au lieu de cela, la Cour a réduit ces arguments à un rôle secondaire et elle a préféré fonder sa conclusion sur des précédents qui à notre avis n'ont aucune autorité et sur l'opinion fragmentaire de la doctrine.<sup>64</sup>

## 2. Le respect du régime contractuel

C'est la thèse du respect du régime contractuel qui aurait dû triompher. À notre avis, un jugement majoritaire, sinon unanime, aurait dû, dans cet arrêt de principe, consacrer cette thèse en s'appuyant sur un ou quelques-uns des arguments de fond qui sont depuis longtemps avancés pour son soutien. D'excellents jugements, d'ailleurs, ont déjà été rendus dans ce sens par la Cour d'appel et d'autres tribunaux, notamment par le Juge Mayrand dans cette même affaire *Wabasso*.<sup>65</sup> Il ne s'agit donc pas dans ces pages de reprendre à pied d'œuvre cette argumentation; nous en rappellerons brièvement les principaux points. Puis nous verrons comment peuvent être réfutées les principales objections formulées contre la thèse du respect du régime contractuel.

### a. Les arguments

Des divers arguments proposés en faveur de la thèse du respect du régime contractuel, le plus fondamental est celui tiré de la force obligatoire du contrat. On sait qu'en vertu de ce principe, les parties sont liées par leurs obligations contractuelles à moins d'une résolution par consentement mutuel ou à moins que le tribunal, pour l'un des motifs prévus dans la loi, n'annule le contrat, le résolve ou, parfois, le modifie.<sup>66</sup> Or, à l'égard de ce principe, que produit la thèse de l'option?

Parfois, l'option permettra à la victime d'une faute contractuelle d'obtenir réparation au délictuel, alors même que les parties avaient expressément convenu, par une clause exonératoire, que le débiteur n'engagerait pas sa responsabilité en cas de manquement à ses devoirs contractuels. Parfois, l'option imposera à l'auteur le poids, au délictuel, de la présomption de faute du fait des choses de l'article 1054 C.c., qui n'existe pas dans le régime prévu par la convention ni les dispositions contractuelles supplétives de la loi. L'option permet donc à la victime de

---

<sup>64</sup>Dans l'affaire *Wabasso*, un jugement qui permettait l'option devait, dans un second temps, établir si toute la cause d'action avait pris naissance dans le district où fut intentée l'action, selon l'art. 68 C.p.c. Nous laissons de côté cet aspect qui est discuté par d'autres intervenants du colloque.

<sup>65</sup>Voir *supra*, note 1 (C.A.).

<sup>66</sup>Voir art. 1022, al. 3, C.c.



quitter le terrain contractuel pour se placer uniquement sur le terrain délictuel, bien que, au fond, si elle a subi un préjudice, ce soit parce qu'il y a eu d'abord un contrat et que ce contrat a été violé. La victime échappe ainsi au contrat qui la liait; par sa décision unilatérale, elle cesse d'être régie par la convention ou les dispositions supplétives de nature contractuelle; grâce à cette gymnastique intellectuelle, elle "répudie" le contrat. Permettre l'option, c'est donc permettre la violation du principe de la force obligatoire du contrat.

À cet argument de la force obligatoire du contrat, on peut ajouter celui tiré des différences existant entre les deux régimes de responsabilité. Pour la grande majorité d'entre elles, il ne s'agit pas de distinctions résultant d'une interprétation et que l'on pourrait prétendre avoir été "inventées" par la doctrine ou la jurisprudence, mais de divergences claires et nettes, inscrites dans les textes de loi. Ces différences, qui ont été étudiées ailleurs,<sup>67</sup> sont certes assez nombreuses pour être significatives; en d'autres termes, ce n'est pas par hasard ni par erreur que le législateur a prévu des différences dans la prescription, les présomptions, le point de départ de l'intérêt sur le capital, la compétence des tribunaux (qui était justement en cause dans l'affaire *Wabasso*) et d'autres différences encore.

Ces distinctions claires et nombreuses entre les deux régimes traduisent l'intention du législateur de créer deux ordres de responsabilité, selon que le fondement de la responsabilité est délictuel ou contractuel. Or, si telle est bien son intention, le justiciable n'a pas de choix ni d'option; car si le justiciable, chaque fois qu'il était gêné ou bloqué par les règles contractuelles, pouvait invoquer une faute sous l'article 1053 C.c., les dispositions législatives propres au régime contractuel resteraient alors lettre morte: le législateur aurait parlé pour ne rien dire. Le législateur a donc voulu soumettre le justiciable, victime d'un contrat, uniquement au régime contractuel.

Par ailleurs, pour préférer la thèse de l'option à celle du respect du régime contractuel, on invoque le but de la responsabilité civile, qui est d'indemniser la victime de sa perte, et l'on suggère qu'il faut dans la mesure du possible faciliter l'exercice de ses droits à une indemnité. On désire en somme pratiquer une politique de protection de la victime.

Cette politique est valable, mais, d'après nous, les tribunaux en cette matière n'ont pas la discrétion nécessaire pour l'appliquer. En effet, comme nous l'avons suggéré plus haut, si le législateur a façonné différemment les deux régimes de responsabilité, c'est qu'il entendait

---

<sup>67</sup>Voir l'introduction de cet article ainsi que Crépeau, *supra*, note 3, aux pp. 505 et seq.; Baudouin, *supra*, note 3; Pineau & Ouellette, *supra*, note 3.

que le justiciable soit soumis à l'un ou à l'autre selon que son recours est foudé sur une faute délictuelle ou contractuelle; en conséquence, les tribunaux sont liés par cette intention du législateur et ils se doivent d'imposer le respect du régime contractuel.

Mais, dit-on, il s'agit de simples technicalités: les tribunaux ne doivent pas se laisser embarrasser par des détails de calcul d'intérêt sur le capital ou de délai de prescription et ils doivent remplir leur mission qui est d'indemniser la victime. Tenir ce langage, c'est à notre avis oublier que les technicalités s'imposent aux juges avec la même autorité que les grands principes. Dans les détails comme ailleurs, le législateur ne parle pas pour ne rien dire. D'ailleurs, nous avons vu que les différences entre les deux régimes de responsabilité sont manifestement trop nombreuses et trop importantes pour qu'on puisse prétendre qu'il s'agisse de choses insignifiantes ou même d'erreurs législatives que peuvent corriger les tribunaux.

Enfin, cette politique de protection ne semble pas reposer sur des constatations empiriques sérieuses. Où prend-on que la victime serait généralement un pauvre type qui mériterait la sympathie des tribunaux face à l'auteur de la faute qui serait un géant de l'industrie ou du commerce? Pure hypothèse, que contredit justement l'affaire *Wabasso*, où on voit s'affronter deux entreprises importantes...

Il nous paraît également simpliste de supposer qu'il y ait toujours un assureur qui se profile derrière l'auteur de la faute, et jamais derrière la victime.

#### b. *Les objections*

Pour ne pas allonger inutilement ce commentaire, il n'y a pas lieu, sans doute, de reprendre d'autres arguments en faveur de la thèse du respect du régime contractuel, arguments, du reste, qu'on trouvera facilement dans la doctrine. Cependant, l'intention du législateur et la force obligatoire du contrat, à elles seules, permettent de réfuter plusieurs objections soulevées contre cette thèse, dont certaines se retrouvent d'ailleurs dans l'arrêt *Wabasso*.

Pour tenter de réfuter l'argument de la force obligatoire du contrat, on invoque le caractère universel des normes de conduite de la responsabilité délictuelle. La généralité des termes de l'article 1053 C.c. et la notion large de faute, pense-t-on, feraient de celle-ci une norme de conduite minimale qui s'appliquerait partout, même dans le contrat. Dans cette vision des choses, les dispositions de la loi en matière de contrat et la convention des parties pourraient reproduire ou augmenter cette norme minimale, mais jamais la réduire ni l'écarter. Concrètement, les articles 1053 C.c. *et seq.* seraient d'ordre public.

Cette objection ne résiste pas à l'examen de la jurisprudence sur la clause exonératoire. Il est maintenant reconnu par la Cour suprême elle-même que, sauf en cas d'une faute lourde ou intentionnelle et sous réserve de la connaissance de la clause exonératoire par la victime, cette clause est parfaitement valide en matière délictuelle.<sup>68</sup> La Cour d'appel a même admis sa validité à l'égard de la responsabilité du propriétaire d'un bâtiment, bien que plusieurs aient déjà pensé que le caractère d'ordre public de cette disposition s'imposait pour protéger le public contre la ruine des édifices.<sup>69</sup> Or comment pourrait-on rendre les normes des articles 1053 C.c. *et seq.* obligatoires dans les contrats si elles ne le sont même pas dans les rapports extra contractuels?

Comme autre objection, on oppose aux différences entre les régimes contractuel et délictuel l'unité de la notion de faute; plus fondamentale, cette unité ferait contrepois à ces différences et détruirait les conséquences que nous en tirons. C'est cette objection que formulait le Juge Paré, dans l'extrait suivant cité par le Juge Chouinard:

Il faut donc que la faute commise à l'intérieur du contrat soit en elle-même une faute que sanctionnerait l'article 1053 C.C. même en l'absence d'un contrat. ... Cette responsabilité existerait même si aucun contrat n'avait existé et que l'intimé eût été mis [*sic*] en possession de l'objet dangereux que par une tolérance de la part de l'appelante. ... C'est ici un élément de faute qu'on pourrait invoquer sans recours au contrat, car c'est le devoir de quiconque, plaçant entre les mains d'une autre personne un objet, dont il connaît les dangers à l'usage, de l'en avertir.<sup>70</sup>

À notre avis, cette unité de fondement de la responsabilité ne s'oppose pas à la diversité des modalités respectives du délictuel et du contractuel: fondement et modalités sont deux réalités distinctes, qui ne doivent pas empêcher de reconnaître la conséquence qu'entraînent des modalités différentes pour le délictuel et le contractuel, c'est-à-dire l'application des modalités propres au contractuel chaque fois qu'une partie est victime d'un contrat. Si le législateur avait voulu qu'il en soit autrement, faut-il le répéter, il n'aurait pas inscrit dans la loi toutes ces différences entre les deux régimes. Ce n'est pas parce que les deux régimes ont le même fondement qu'ils doivent avoir nécessairement les mêmes modalités.

Le respect du régime contractuel, dit-on, conduit à cette conséquence choquante que parfois un même acte, à la fois violation d'un engagement contractuel et violation du devoir général de prudence envers autrui, entraînera la responsabilité de l'auteur vis-à-vis un tiers mais non vis-à-vis le cocontractant, ou vice versa. Une clause exonératoire, une prescription, en effet, peuvent produire ce résultat. Le

<sup>68</sup>Voir *Madill v. Sommer Building Corp.* [1978] 1 R.C.S. 999.

<sup>69</sup>Voir *supra*, note 1 (C.A.).

<sup>70</sup>*Ibid.*, à la p. 283.

Juge Paré, encore dans la citation qu'en fait le Juge Chouinard, évoque ce paradoxe:

[I]ci comme dans l'arrêt *Ross*, je ne pourrais concevoir qu'une faute commise à l'intérieur d'un contrat puisse n'être que contractuelle à l'égard du contractant qui en subit le préjudice, alors qu'elle devient délictuelle à l'égard d'un tiers qui subirait le même préjudice.<sup>71</sup>

Mais on oublie que le sort différent qui est réservé parfois au cocontractant et au tiers n'est rien d'autre qu'un effet secondaire du respect du régime contractuel. Quand par exemple le législateur a prévu qu'au contractuel seul le préjudice prévisible serait susceptible de réparation, on sait qu'il était motivé par des considérations précises qui concernent directement et uniquement l'économie du contrat. Il en va de même pour les autres différences entre les deux régimes. On ne peut pas prêter au législateur l'intention d'avoir voulu éviter que les tiers soient traités différemment des parties au contrat.

*De lege ferenda*, on peut souhaiter de voir réduire les différences entre les régimes; on peut même souhaiter leur parfaite unification, ce qui paraît cependant idéaliste. Mais en droit positif, il faut se soumettre à la dualité des régimes et au respect du régime contractuel qui en découle. Mettre l'accent sur une certaine dichotomie entre le sort du cocontractant et celui du tiers, c'est également oublier ou nier le principe de la force obligatoire du contrat, qui est la clef du problème.

Du reste, le juriste n'est-il pas familier avec ces situations où un seul fait, qui passera pour un "détail" aux yeux du profane, changera radicalement la position juridique des parties? Ainsi, la garantie des vices due par le locateur, sous l'article 1606 C.c., n'est-elle pas plus rigoureuse que celle due par le prêteur, sous l'article 1776 C.c., et cette différence ne peut-elle pas être fatale parfois? Les victimes par ricochet d'un délit ne sont-elles pas moins nombreuses à être admises à réclamer quand la victime immédiate décède que lorsqu'elle survit, sous les articles 1053 et 1056 C.c.?

## Conclusion

Quoi qu'il en soit, le verdict est tombé: la Cour suprême, tout au moins pour les fins de la détermination de la compétence des tribunaux, vient d'admettre l'option entre le délictuel et le contractuel. Cette thèse est loin de recevoir l'appui de tous, mais, il faut le reconnaître, elle a ses mérites, principalement celui d'élargir en pratique la compétence de nos tribunaux, comme l'illustre l'affaire *Wabasso*.

---

<sup>71</sup>*Ibid.*

Nous craignons que l'arrêt *Wabasso* ne reste tristement célèbre dans les annales judiciaires. De tout temps, les juristes québécois ont attendu de la Cour suprême du Canada une connaissance approfondie du droit civil et un grand soin dans la rédaction des jugements. On espérait qu'elle apporte un soin tout particulier à cette décision, parce que la question qu'elle soulevait met en jeu des principes fondamentaux du droit des obligations et des politiques de la responsabilité civile. Malheureusement, le jugement se situe loin de nos attentes, et quant au fond et quant à la forme.

Certes, il fallait trancher une controverse et des arguments sérieux pouvaient être proposés à l'appui de chacune des deux thèses en présence. Pour notre part, nous regrettons que la thèse du respect du régime contractuel n'ait pas triomphé, comme elle aurait dû, car c'est la seule qui soit compatible avec les principes du droit des obligations qui doit être conçu comme un ensemble intégré et cohérent.

Plus encore que le fond, la facture même de l'arrêt *Wabasso* est pour nous une source de déception. Un attachement excessif au *stare decisis*, le recours très fréquent à la citation pour exprimer des arguments de fond, un choix trop restreint de textes de doctrine et l'emploi inexplicable du droit comparé ont privé ce jugement de la force qu'il aurait pu avoir.

Les choses étant ce qu'elles sont, diverses questions surgissent à l'esprit quant au sort du problème de l'option dans les années à venir. La Cour suprême, dans une soumission totale au *stare decisis*, permettra-t-elle l'option à l'égard de toutes les autres différences entre les régimes contractuel et délictuel de responsabilité? Et, dans cette lancée, ira-t-elle jusqu'à permettre un jour le cumul des régimes de responsabilité,<sup>72</sup> solution qui, en plus des faiblesses de l'option, comporte une contradiction inhérente et inacceptable? Ou bien au contraire, la Cour suprême limitera-t-elle la solution *Wabasso* au droit judiciaire privé, qui était seul en cause, et alors, sera-t-elle disposée à imposer le respect du régime contractuel à l'égard des différences de droit substantif qui existent entre les régimes? Aura-t-elle la souplesse de reconsidérer la solution *Wabasso* même en droit judiciaire privé? Enfin, le législateur, à l'occasion de la révision du Code civil, imposera-t-il par une disposition expresse le respect du régime contractuel, qui reste la seule solution conforme à l'esprit du droit civil?

---

<sup>72</sup>Son jugement laconique dans *Desaulniers v. Ford du Canada Ltée, supra*, note 26, suggère que la Cour suprême n'est pas disposée à admettre le cumul, puisqu'elle y réduit à 5% l'intérêt qui avait été fixé à 8%. Très probablement, il s'agit de l'indemnité supplémentaire de l'article 1056c C.c., laquelle était naguère propre au régime délictuel et était alors refusée dans une réclamation contractuelle.