

GARDE DE STRUCTURE ET GARDE DE COMPORTEMENT ?

— un aspect de la responsabilité du dommage causé par les choses —

Kamil Antaki *

PLAN GENERAL

INTRODUCTION

- A. Contenu du sujet.
- B. Principes fondamentaux de la responsabilité du fait des choses.
- C. La garde: contenu et transfert.
- D. Plan.

I— Le sens de la théorie de la garde partagée.

- A. Aperçu historique.
- B. Causes qui ont donné naissance à la nouvelle théorie:
 - a) La cause indirecte: l'importance de la notion de garde en France.
 - b) La cause directe: la force de la présomption de l'art. 1384 C.N.
- C. Sens et champ d'application de la nouvelle théorie.

II— Valeur de la théorie.

- A. La responsabilité édictée par l'art. 1054 C. civ. est désormais liée à la chose elle-même.
- B. Le caractère alternatif de la responsabilité du fait des choses est violé.

CONCLUSION

La nouvelle théorie est inutile et inadmissible en droit québécois.

* Secrétaire-adjoint de la Corporation de Gaz Naturel du Québec; avocat du barreau d'Égypte.

INTRODUCTION

A. Contenu du sujet

1. Un nouveau courant semble vouloir se dessiner dans la jurisprudence de notre province relative à la responsabilité du dommage causé par les choses, dans les cas où la personne qui se sert¹ de la chose, (et que nous appellerons désormais, pour plus de facilité, l'usager de cette chose), est autre que le propriétaire de celle-ci. Deux jugements rendus récemment par nos tribunaux² ont, en effet, adopté la théorie, prônée par certains auteurs français, de la division dans l'attribution de la garde des choses, division qui consiste à reconnaître qu'une même chose peut avoir deux gardiens responsables concurremment : un gardien de comportement et un gardien de structure.³

La présente étude se situe, on l'aura vite compris, dans le domaine du désormais fameux alinéa premier de l'article 1054 du code civil⁴ qui édicte une présomption de responsabilité du dommage causé par les choses que l'on a sous sa garde. Il semble que cet article à surprises⁵ dont la découverte au début de ce siècle et l'évolution pré-torienne qui lui a été imprimée sous la poussée d'impératifs industriels et démocratiques ont été tant de fois relatés,⁶ n'a pas fini de

¹ Le verbe est utilisé ici dans le sens que lui donne la jurisprudence dans le contexte de l'art. 1055 C. civ. sur la responsabilité du fait des animaux, à savoir : faire un usage indépendant et intéressé de la chose. A. Nadeau, *Traité de Droit civil du Québec*, t. 8, no 485 et s.

² *St-Jean Automobiles Limitée v. Clarke Lumber Sales* [1961] C.S. 82 et *Tondreau v. Canadian National Railway Company* [1964] C.S. 606. V. *infra* No. 16.

³ H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 5e éd., t. 2, no 1160-3.

⁴ Correspondant au non moins fameux alinéa premier de l'article 1384 C.N. dont il diffère profondément, pourtant, et par le texte et par la portée. Pour les différences entre les deux textes jumeaux, v. Nadeau, *op. cit.*, No 430-433. On a soutenu un certain temps une opinion contraire à l'effet que le sens des deux articles est identique malgré les différences dans leur lettre, (D. Coulouridès, *Responsabilité du fait des choses inanimées*, [1939] R.L. 133), mais cette opinion est maintenant abandonnée.

⁵ L'expression est empruntée à la chronique de R. Legeais, *Le nouvel essai de généraliser la responsabilité civile du fait d'autrui*, au D.H. 1965, ch. 131.

⁶ V., entre autres, Nadeau, *op. cit.*, no 434 et s.; R. Mineau, *De la responsabilité en droit québécois, en droit français et en Common Law pour le dommage causé par une chose que l'on a sous sa garde*, 25 *Thémis* 39 et s.

révéler à certains des richesses qu'il tenait jalousement cachées jusqu'ici.⁷

2. Mais ce n'est pas des règles générales de cette responsabilité qu'il sera question dans la présente étude, dont les limites restent beaucoup plus modestes. Nous ne traiterons que de la division de la garde des choses et, uniquement, dans le domaine de la responsabilité du fait des choses⁸ du droit commun, telle qu'édifiée par la jurisprudence sur le fondement de l'article 1054, alinéa premier du Code civil. N'entrera pas dans le cadre des développements ultérieurs, par conséquent, l'étude des dispositions exceptionnelles régissant la responsabilité pour certaines choses, telles, par exemple, les bâtiments en ruine⁹ ou les voitures automobiles,¹⁰ dispositions qui rattachent, en principe, la responsabilité à la propriété de ces choses.

B. Principes fondamentaux de la responsabilité du fait des choses.

3. Avant d'aborder le fond même de notre sujet, nous croyons utile de rappeler d'une façon très succincte, les deux principes fondamentaux sur lesquels repose la responsabilité du fait des choses et que notre jurisprudence a dégagés de l'article 1054, al. 1er, C. civ. à savoir :

(i) La responsabilité édictée par l'article considéré est liée à la garde de la chose et non à la chose elle-même. En d'autres termes, sera responsable le gardien de la chose; le propriétaire pourra l'être, et le sera bien souvent, mais ce sera en qualité de gardien.

(ii) Comme corollaire du principe énoncé ci-haut, la responsabilité du fait des choses est alternative et non cumulative, c'est-à-dire

⁷ Un exemple de ces « révélations » nous est offert par Trib. pour enfants de Dijon, D.H. 1965.J.439 et chronique précitée sous note no 5. Le juge a dégagé de l'art. 1384 C.N., al. 1er, un principe général de responsabilité du dommage causé par les personnes dont on doit répondre, principe qui ferait pendant à celui tiré du même alinéa, de la responsabilité du dommage causé par les choses dont on a la garde.

⁸ Nous emploierons l'expression « fait de la chose », pour sa brièveté et parce qu'elle est entrée dans le langage juridique, tout en admettant qu'elle contient une certaine inexactitude dans ce sens qu'une chose est un instrument et non une cause. V. G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil*, 2e éd., no 174. A noter que le législateur québécois, contrairement au code Napoléon, a évité d'employer cette expression.

⁹ Art. 1055, al. 3ème, du Code civil.

¹⁰ *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, 9-10 Eliz. II c. 65; S.R.Q. 1964 c. 232.

que deux personnes ne peuvent être tenues responsables d'une même chose quand elles ont un droit sur la chose à un titre différent,¹¹ par exemple le propriétaire et le locataire.

C. La garde.

a) son contenu.

4. Mais cette garde que l'on veut diviser et qui forme, en somme, la pierre d'angle sur laquelle on a édifié toute la construction de la responsabilité du fait des choses, quel est son contenu et quels sont ses contours exacts ?

Certains ont prétendu que toute recherche en vue de déterminer à quel signe pourra se reconnaître la garde d'une chose est vaine et que l'intervention de la chose dans la réalisation du dommage sert simplement à désigner la personne à qui il s'agit de faire supporter l'obligation de réparer.¹² Nous croyons, pour notre part, que cette recherche est loin d'être vaine : elle s'impose même pour la bonne compréhension de notre sujet.¹³

5. Pour déclarer une personne gardien d'une chose, on avait proposé, tout d'abord, la théorie du risque créé, prônée par Josserand en France.¹⁴ Celui qui reçoit les émoluments que procure une machine, doit s'attendre à réparer le préjudice qu'elle causera. *Ubi emolumentum ibi onus*.¹⁵ Sera gardien de la chose celui qui en profite.

Le critère de la garde-profit n'ayant pu résister aux critiques qui lui ont été adressées¹⁶ et la conception de la garde matérielle qui veut que le gardien soit celui qui détient le pouvoir matériel sur

¹¹ Mais rien n'empêche qu'un même dommage donne lieu à deux responsabilités découlant de l'entrée en jeu de deux choses différentes ayant des gardiens différents.

¹² G. Ripert, *op. cit.* no 174 *in fine*.

¹³ Car, pour porter un jugement de valeur sur la divisibilité de la garde, il faut avoir au préalable déterminé ce qu'est la garde.

¹⁴ L. Josserand, *La responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897, et notes du même auteur publiées au D.1900.2.289 et D.1904.2.257 auxquelles allusion est faite dans la cause mentionnée ci-après.

¹⁵ *Doucet v. Shawinigan Carbide* (1900) 42 R.C.S. 281: motifs du juge-en-chef Fitzpatrick à la page 284.

¹⁶ L'argument le plus décisif des adversaires de la garde-profit, et qui concerne notre sujet d'une façon directe, consiste dans le fait que bien souvent propriétaire et usager tirent simultanément profit d'une chose. Lequel sera considéré gardien dans ces cas?

la chose, étant inadmissible,¹⁷ on a soutenu la notion de garde juridique.

Selon les tenants de la garde juridique, était gradien celui qui détenait un droit, un pouvoir juridique, sur la chose. Il fallait donc vérifier le titre du détenteur, le *negotium juris*, pour décider s'il avait un pouvoir juridique sur la chose et si ce pouvoir emportait la garde de la chose. La garde était, en d'autres termes, la rançon du droit. Ainsi, le propriétaire de la chose volée en demeurait gardien puisque le voleur n'acquerrait aucun pouvoir juridique sur la chose, et que ce pouvoir reposait toujours sur la tête du propriétaire.¹⁸

L'absurdité évidente de cette solution a fait émerger une notion appelée toujours "garde juridique", cette garde étant comprise non comme l'opposé de la garde matérielle, non comme une charge résultant de l'existence d'un droit sur une chose, mais comme un pouvoir de commandement qu'on a, en fait, relativement à cette chose,¹⁹ pouvoir qui entraîne, en droit, l'obligation de son titulaire de réparer le dommage causé par la chose. C'est dans ce dernier sens que l'expression "garde juridique" sera utilisée par la suite.

6. C'est à cette notion de fait fondée en droit²⁰ que la doctrine au Québec, après analyse des arrêts rendus en la matière, semble s'être arrêtée.

En effet, Nadeau nous enseigne à ce sujet "qu'on peut dire qu'a la garde juridique d'une chose la personne à qui il appartient pour prévenir un dommage, de garder et surveiller la chose et de prendre les mesures nécessaires en ce sens. Il doit s'y ajouter l'élément "contrôle" mieux exprimé dans les termes de "direction et surveillance".²¹

¹⁷ Puisqu'elle rend gardiens responsables, les simples détenteurs, par exemple, les préposés.

¹⁸ La distinction a été soutenue par Josserand et surtout par M. H. Mazeaud. L'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation française dans la célèbre affaire Franck, rendu le 2 décembre 1941 (S.1941.1.217), l'a définitivement condamnée.

¹⁹ Mazeaud et Tunc, *op. cit.* no 1160. Cpr la définition donnée par R. Rodière, *La responsabilité civile*, éd. 1952 no 1538: la garde est une obligation dérivée de l'utilisation intéressée d'une chose par celui qui en a la maîtrise.

²⁰ Selon l'expression de R. Rodière, D.1954.J.21, II, A, *in fine*.

²¹ Nadeau, *op. cit.* no 461. Si, dans leurs jugements, nos tribunaux ajoutent parfois à la garde un élément distinct, ce n'est pas qu'ils entendent par là que l'élément en question n'est pas compris dans la garde, mais par une sorte de pléonasme, et pour en souligner un aspect précis. V. *Leduc v. Hercules Powder Co.* [1965] C.S. 293; *Racine v. Downey* [1960] B.R. 719. Ces deux jugements mentionnent « la garde et la surveillance » du gardien.

7. Pour la Cour de cassation française, la garde est constituée par la trilogie: le pouvoir d'usage (exercé *pro suo et non pro alieno*), la direction et le contrôle.

Malgré que la plus haute juridiction française mentionne expressément "l'usage" comme composante de la garde et que nos tribunaux ne semblent pas le faire, il n'y a aucune différence, à notre avis, au sujet des éléments constitutifs de la garde dans les deux systèmes.²² En effet, non seulement les arrêts les plus récents de la Cour de cassation relèguent l'idée d'usage au second plan,²³ mais la garde, chez nous, comprend forcément l'usage de la chose, tel qu'entendu en France: la possibilité de donner des ordres relativement à la chose.²⁴

b) *Le transfert de la garde.*

8. La garde, ainsi comprise, peut se transmettre à l'usager qui détiendra, à son tour, le pouvoir de commandement, en fait, relativement à la chose.²⁵ Ce transfert, comme d'ailleurs la garde elle-même, est une notion de fait fondée en droit.²⁶

La volonté des parties ne suffit donc pas à opérer ce transfert et il est nécessaire que toute convention à cet effet s'accompagne, chez le nouveau gardien, de la détention de la chose, de sa possession temporaire exclusive, soit directe, soit par représentation,²⁷ et de la possibilité pour lui de prévenir le dommage qu'elle peut causer.²⁸

Quant à l'usager sans autorisation du propriétaire, l'usurpateur coupable de *furtum usus*, le transfert se fait unilatéralement par

²² Dans ce sens, L. Baudouin, *Le Droit Civil de la Province de Québec*, p. 783 et s.

²³ Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, no 1160, note 17, al. 3e.

²⁴ *Ibid.*, no 1160, p. 132.

²⁵ Nadeau, *op. cit.*, no 462. Il n'y a pas de doute que le propriétaire, gardien d'origine, peut retenir sa garde de la chose, même après l'avoir confiée à l'usager. V. *Leduc v. Hercules Powder Co.* [1965] C.S. 293, précitée, spécialement p. 308.

²⁶ Selon l'expression de R. Rodière, note précitée D.1954.J.21, *supra* note 17.

²⁷ R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, éd. 1951, no 362.

²⁸ La convention pourra servir néanmoins à établir l'étendue des pouvoirs délégués à l'usager sur la chose. Il convient de noter que pareille convention est opposable à la victime et le principe de la relativité des contrats (art. 1028 C.civ.) ne l'empêche pas, car le transfert de la garde n'est pas constaté comme un effet juridique du contrat, mais comme un état de fait. V. R. Rodière, *op. cit.*, no 1540. Cpr la responsabilité du commettant: la victime invoque à son égard le lien de préposition sans être partie au contrat entre commettant et préposé.

rapport à lui.²⁹ Il est indispensable, toutefois, que les mêmes conditions de fait, mentionnées dans le paragraphe précédent, soient remplies pour que la garde lui soit transférée.

9. Il convient de relever, toutefois, que l'orientation la plus récente de la jurisprudence française tend vers une accentuation de ses exigences en matière de transfert de la garde.

Selon cette jurisprudence, pour être considéré gardien, le tiers auquel la chose a été confiée doit avoir reçu, entre autres, la possibilité de contrôler "tous" les éléments de la matière constituant la chose pour être en mesure de prévenir le dommage qu'elle peut causer.³⁰ Poussée à cette extrême, la proposition revient à laisser le propriétaire, gardien d'origine, gardien perpétuel de la chose, car il est pratiquement impossible pour quiconque de contrôler, dans sa totalité, la matière composant une chose.³¹

Quant aux tribunaux québécois, ils se montrent plus réalistes et, tout en n'admettant pas qu'il y ait eu transfert de la garde dans les cas où l'utilisateur n'avait "aucune" possibilité de contrôler la chose,³² l'admettent chaque fois que le pouvoir délégué à l'utilisateur comporte des moyens "raisonnables" de contrôle sur la chose.³³

D. Plan.

10. La notion de garde dont nous avons tenté de préciser hâtivement le contenu peut-elle, dans notre droit, s'accommoder d'une division entre propriétaire et usager, tel que le veut la nouvelle tendance jurisprudentielle ? Peut-on scinder la garde d'une chose, reconnaître le transfert de la garde de comportement seulement, rechercher la cause de l'accident et demander des comptes au propriétaire ou à l'utilisateur selon que cette cause est imputable à un vice de la chose ou au comportement de celle-ci ?

11. Nous ne croyons pas que pareille dissociation de la garde soit utile, acceptable ou souhaitable dans notre droit.

²⁹ R. Rodière, *op. cit.*, no 1537: « La garde n'est pas un avantage mais une charge qu'il n'y a aucun inconvénient à tenir pour déplacée par une assumption volontaire et unilatérale ».

³⁰ Ch. civ., 2e Sect. civ., 10 juin 1960, D.H. 1960.J.609.

³¹ La doctrine française en est livrée à des conjectures. V. note R. Rodière sous arrêt précité, D.H.1960.J.609; note P. Esmein, J.C.P. 1960.II.11824; note R. Savatier, J.C.P.1956.II.9095.

³² *Leduc v. Hercules Powder Co.* [1965] C.S. 293.

³³ Cette constatation se dégage nettement de l'analyse des arrêts rendus en la matière et spécialement, des arrêts cités en divers endroits dans la présente étude.

Pour justifier ce point de vue, nous commencerons par faire le point de la position actuelle qu'occupe la théorie dans son pays d'origine et au Québec, et par indiquer les conditions juridiques particulières qui lui ont donné naissance en France. Nous analyserons ensuite, d'une façon critique, la théorie proposée pour conclure, enfin, à son inutilité chez nous et à son incompatibilité avec notre droit.

SENS DE LA THEORIE

A. Aperçu historique.

a) *En France.*

12. Les discussions doctrinales au sujet du partage de la garde³⁴ sont aussi nourries aujourd'hui, en France, qu'elles ne l'étaient au moment où l'idée y a été proposée, il y a plus d'une vingtaine d'années. Les auteurs sont aussi divisés à ce sujet qu'on peut l'être.

Il y a d'abord les partisans du partage qui en font une règle générale;³⁵ puis, ceux qui lui donnent un caractère subsidiaire à l'absence de faute et lorsque les termes du contrat entre propriétaire et usager l'indiquent;³⁶ enfin, ceux qui, après l'avoir accepté avec prudence, s'en sont détournés³⁷ et ceux qui en ont toujours été les adversaires irréductibles.³⁸

13. De son côté, la plus haute juridiction française n'a pas dit son mot au sujet de cette querelle jusqu'à ce jour. Pas une fois elle n'a déclaré expressément adopter ce partage, quoique certains de ses plus récents arrêts aient été interprétés comme l'ayant adopté³⁹ ou comme ayant possiblement pu le faire.⁴⁰

L'attitude de la Cour de cassation n'en demeure pas moins énigmatique au point qu'elle a arraché ce cri à M. Tunc : "après vingt

³⁴ Cette théorie est appelée également la théorie de la division, de la dissociation et de la dichotomie de la garde, des deux gardes, des deux gardiens et de la dualité des gardiens, etc.

³⁵ Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, no 1160-3 et B. Goldman, 1946 Lyon, *La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*.

³⁶ R. Savatier, *op. cit.*, no 366, mais cpr note R. Savatier J.C.P.1953.II.7811.

³⁷ R. Rodière, *op. cit.*, p. 159, note 2, mais cpr note R. Rodière D.1954.J.21.

³⁸ Aubry, Rau et Esmein, *Droit Civil*, 6e éd., t. 6, p. 606, no 446, bis note 76 et s.; notes P. Esmein, J.C.P. 1960.II.11824 et D.H.1961.J.755.

³⁹ Ch. civ., 2e sec. civ., 13 fév. 1964, J.C.P.1964.IV.46.

⁴⁰ Ch. civ., 2e sec. civ., 10 juin 1960, D.H.1960.J.609.

ans de discussion qui peut dire si le droit français distingue le gardien de la structure de la chose et celui de son comportement".⁴¹

14. L'on remarquera de cet exposé combien est gratuite l'affirmation contenue dans le jugement rendu par notre Cour supérieure dans la cause *St-Jean Automobiles Limitée*⁴² à l'effet que la jurisprudence et la doctrine française reconnaissent qu'une chose peut avoir deux gardiens.⁴³

b) *Au Québec.*

15. La théorie de la division de la garde n'a pas été traitée par la doctrine québécoise jusqu'à ce jour. Il n'est que de consulter les traités sur la responsabilité civile ou sur le code civil publiés au Québec pour s'en assurer.⁴⁴

16. La jurisprudence québécoise, de son côté, a toujours maintenu le principe de l'unité et de l'indivisibilité de la garde jusqu'en 1960. Ce n'est qu'en cette année qu'un jugement, inspiré de l'ouvrage désormais classique de MM. Mazeaud et Tunc,⁴⁵ rendu dans la cause *St-Jean Automobiles Limitée v. Clarke Lumber Sales*⁴⁶ a, pour la première fois au Québec, eu recours à la nouvelle théorie. Quatre ans plus tard, en 1964, un second jugement dans la cause *Tondreau v. Canadian National Railway Company*⁴⁷ suivait les traces du premier, en s'inspirant du même ouvrage.

On aura beau arguer que l'appel à la division de la garde n'était pas nécessaire dans ces deux causes et qu'elles auraient reçu la même solution — juridiquement exacte, d'ailleurs — si l'on s'était tenu au concept traditionnel de l'unité ou de l'indivisibilité de la garde,⁴⁸ il n'en reste pas moins que cette prise de position de prin-

⁴¹ Note A. Tunc, D.H.1965.J.406.

⁴³ Notre jurisprudence a, on le voit, devancé la Cour de cassation française dans l'adoption expresse de la théorie de la garde partagée.

⁴⁴ Nadeau, *op. cit.*, p. 382 et s.; même L. Baudouin, *op. cit.*, p. 778-785, qui a fait de son excellent ouvrage une étude de droit comparé, n'aborde pas le sujet. Nous nous contentons de mentionner les traités parus après 1946, date de la diffusion de la nouvelle théorie en France.

⁴⁵ Mazeaud et Tunc, *Traité théor. et prat. de la responsabilité*, 5e éd.

⁴⁶ [1961] C.S. 82 déjà citée *ad notum* sous no 2. Le propriétaire d'une automobile a été considéré gardien de sa structure après l'avoir confiée à un garagiste.

⁴⁷ [1964] C.S. 606 déjà citée *ad notum* sous no 2. Le C.N.R., propriétaire d'un wagon loué et confié à un tiers, en a été, à ce titre, considéré gardien de la structure et garant des vices cachés de sa chose.

⁴⁸ Affirmation contenue dans les motifs du jugement précité (p. 612).

cipe, pour inoffensive qu'elle puisse paraître aujourd'hui, peut avoir les résultats les plus sérieux dans l'avenir.

17. Il faut se garder de conclure, toutefois, que le nouveau courant a acquis droit de cité définitivement dans notre jurisprudence. A l'exception des deux jugements mentionnés plus haut, les autres ont opté pour le maintien de la conception traditionnelle, et ont condamné, par prétérition, le partage proposé.

Ainsi, dans *Racine v. Downey*,⁴⁹ la cour d'appel infirmant le jugement de la Cour supérieure, refusa de retenir la responsabilité du propriétaire d'un tuyau posé en terre et jugea que la Cité, ayant la surveillance, la garde et l'entretien du trottoir contenant le tuyau, était par le fait même gardienne du tuyau et responsable d'un accident causé par un vice inhérent à celui-ci quoique le propriétaire en ait retenu la propriété.

De même, dans *British American Oil Co. v. Roberge*,⁵⁰ la cour d'appel refusa de suivre l'opinion du juge de première instance à l'effet que le propriétaire de la chose, la compagnie de pétroles, était responsable parce que le dommage était imputable à la chose, malgré le fait que celle-ci eut été confiée à Roberge. Le juge Badeaux de la Cour d'appel maintint que Roberge était devenu gardien unique⁵¹ et le juge en chef Tremblay déclara, *in limine*,⁵² "j'éprouve une grande difficulté à admettre l'opinion du premier juge, mais je m'abstiens de me prononcer sur ce point".⁵³

B. Causes qui ont donné naissance à la nouvelle théorie.

18. Deux causes ont, à notre avis, contribué à donner naissance à la division de la garde en France, toutes deux particulières à ce pays. L'une est indirecte et résulte du fait que la garde joue en droit français un rôle de tout premier plan. La seconde, directe celle-ci, résulte de la force de la présomption édictée par l'article 1384 C.N.

Les développements qui suivent vont démontrer que la garde en droit québécois, par contre, pour importante qu'elle est, n'en occupe pas moins une place considérablement plus modeste et que la présomption de l'article 1054 C. civ. est beaucoup plus clément.

⁴⁹ [1960] B.R. 719, inf. Cour supérieure de Bedford, 30 mars 1957.

⁵⁰ [1964] B.R. 18, inf. Cour supérieure d'Arthabaska, 18 juillet 1962.

⁵¹ *Ibid.*, p. 22.

⁵² *Ibid.*, p. 23.

⁵³ Hâtons-nous de préciser que la solution de la cause, en appel, a été recherchée sur un tout autre terrain que celui qui nous occupe en ce moment.

a) *La cause indirecte: l'importance de la notion de garde.*

19. Le champ d'application de l'art. 1384 C.N. est plus étendu que ne l'est celui de l'art. 1054 C. civ. Il s'ensuit que la notion de garde, qui met en jeu la présomption de ces deux articles, a une place conséquemment plus importante dans le système français que dans le nôtre.

La raison fondamentale de cet écart réside dans l'évolution différente des deux droits de la responsabilité en général. Alors que la responsabilité dans notre province demeure axée sur le grand dogme de la faute édictée par l'art. 1053 de notre code civil (correspondant à 1382 C.N.), en France, une audience très favorable a été réservée à la notion de risque, avec, pour résultat, une application sans cesse plus intense de l'art. 1384 C.N. (correspondant à notre art. 1054 C. civ.).⁵⁴ aux dépens de l'art. 1382 C.N. (correspondant à notre art. 1053 C. civ.).

Appliquées à notre sujet, ces conceptions de base essentiellement divergentes se sont traduites au Québec par un caractère personnel et moral de la notion de garde à raison de sa liaison avec la personne du gardien⁵⁵ et, en France, par une séparation de plus en plus accentuée entre la garde et le gardien.

20. Dictées par ces conceptions, des interprétations jurisprudentielles, de part et d'autre, sont venues élargir le fossé dans le sens du rétrécissement de la portée de l'article 1054 C. civ. et de l'élargissement de celle de l'article 1384 C.N.

- i) Nos tribunaux ont toujours distingué entre le fait de l'homme et le fait de la chose et refusé de faire appel à la notion de garde si la chose est actionnée par l'homme au moment de l'accident.⁵⁶ En revanche, l'article 1384 C.N. s'applique chaque fois que la chose n'est pas restée passive entre les mains de son gardien.⁵⁷
- ii) Si la chose a été inerte au moment de l'accident, l'art. 1054 C. civ. ne pourra être invoqué⁵⁸ tandis que, dans les mêmes circonstances, l'article 1384 C.N. pourra l'être, sujet aux règles de la preuve que la chose a causé le dommage.⁵⁹

⁵⁴ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., no 114, p. 206.

⁵⁵ L. Baudouin, *op. loc. cit.*

⁵⁶ Nadeau, *op. cit.*, no 452.

⁵⁷ Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, no 1257.

⁵⁸ *Gravel v. Dame Thériault* [1959] B.R. 61; *Smith v. Tillotson Rubber Co.* [1960] R.L. 244.

⁵⁹ Rodière, *op. cit.*, no 1508.

21. A ces considérations doctrinales s'ajoute une considération d'ordre pratique: l'existence au Québec d'une législation spéciale régissant les accidents causés par les automobiles.⁶⁰ Cette législation enlève à l'article 1054 C. civ. une partie considérable de son importance pratique, car les actions en réparation de dommages causés par les automobiles représentent la part la plus grande des actions fondées sur le fait de la chose. En France, l'article 1384 C.N. continue de s'appliquer à pareilles espèces.⁶¹

b) *La cause directe : la force de la présomption.*

22. Si le vaste domaine d'application de l'art. 1384 C.N. a encouragé les auteurs français à affirmer de plus en plus la notion de garde au point d'en proposer le fractionnement, il est une cause directe qui a fait de ce fractionnement, aux yeux des promoteurs de la nouvelle théorie, un impératif de justice.

En effet, alors qu'au Québec, la doctrine, interprétant les grands arrêts rendus en la matière par le Conseil Privé,⁶² enseigne que la présomption de l'art. 1054 C. civ. en est une qui peut être écartée par la preuve que le gardien n'a pas pu, par des moyens raisonnables, empêcher le fait dommageable,⁶³ la présomption de l'art. 1384 C.N., selon l'interprétation actuelle de la Cour de cassation française ne peut être combattue que par la cause étrangère à la chose et au gardien.⁶⁴

23. La conception française conduit à deux résultats: d'une part, le discernement du gardien n'est pas requis pour engager sa respon-

⁶⁰ Loi citée, *supra* no 2.

⁶¹ Malgré les appels pressants des plus éminents auteurs pour une législation spéciale en la matière. V. Note A. Tunc au D.H.1965.J.169 « Nécessité d'une loi sur la réparation des accidents de la circulation ».

⁶² Plus spécialement l'arrêt *Watt and Scott*, le plus récent en date. *City of Montreal v. Watt and Scott* [1922] 2 A.C. 555. Nadeau mentionne, (*op. cit.* 433 dernier paragraphe) que, selon une opinion soutenue par certains, les arrêts du Conseil Privé ont une valeur égale au texte du code.

⁶³ Ce principe résulte de l'adjonction de l'al. 6 de l'art. 1054 C.civ. à l'alinéa 1er du même article. Il a été suivi constamment par nos tribunaux depuis l'arrêt *Watt and Scott* cité. V. *St-Jean Automobiles Ltée*, déjà citée *supra* no 16; *Cité de Sherbrooke v. Vallée* [1960] B.R. 934; *Dame Boyer v. Cité de Montréal* [1965] B.R. 133; *Lambertson v. Hôtel Montcalm* [1965] B.R. 79; v. également, P. Azard, (1958) *Can. Bar Rev.*, t. 36, p. 492.

⁶⁴ Il ne suffit plus en France que la cause soit extérieure à « l'activité » du gardien, comme rapporté dans obs. A. Tunc, *Rev. Tr. de droit civil*, 1964, p. 555 et s., no 19, mais il faut qu'elle soit extérieure à la « personne » du gardien.

sabilité, le défaut de discernement n'étant pas extérieur au gardien,⁶⁵ et, d'autre part, la présomption est irréversible quand le dommage est dû à un vice de la chose, ce vice n'étant pas, par hypothèse, extérieur à la chose.

En d'autres termes, l'art. 1384 C.N. renferme (a) une présomption réfragable de responsabilité qui peut être détruite par la preuve de la cause étrangère, et (b) une présomption irréfragable de responsabilité lorsque l'accident est dû à un vice de la chose. A travers cette présomption irréfragable, on arrive, en réalité, à une règle de fond : l'obligation pour le gardien de garantir les dommages causés par les vices de la chose.⁶⁶

24. L'écart qui sépare la force de la présomption dans chacun des deux systèmes considérés, saute aux yeux. Il est fonction de la puissance de la cause étrangère exigée pour l'exonération du gardien. Cet écart atteint sa largeur extrême lorsque l'accident est dû au vice de la chose, car, dans ce cas, la présomption en demeure une *juris tantum* de faute⁶⁷ ou de responsabilité⁶⁸ au Québec, tandis qu'elle se transforme en garantie absolue en droit français.⁶⁹

⁶⁵ 2e Ch. civ., 18 décembre 1964, D.H.1965.J.191, avec conclusions Schmelck et note P. Esmein. A notre connaissance, cet arrêt a été le premier en France à considérer comme gardien responsable, une personne dont les facultés intellectuelles avaient été passagèrement obnubilées par une crise d'épilepsie au moment de l'accident. Cette solution, en conflit direct avec nos textes et les préceptes fondamentaux de notre droit qui exigent le discernement pour engager la responsabilité du gardien, était souhaitée ardemment par certains auteurs français qui y voyaient l'aboutissement normal du raisonnement suivi en la matière par la Cour de cassation. Dans ce sens, Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, no 1300; R. Savatier, *op. cit.*, no 205. *Contra*, R. Rodière, *op. cit.*, no 1541.

⁶⁶ Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, no 1160-2. Cette garantie est totalement différente de celle prévue par l'art. 1176 C.civ. (1891 C.N.). Dans le premier cas, c'est une garantie légale qui joue *erga omnes*; dans le second cas, elle est supplétive et seul peut s'en prévaloir l'emprunteur ou celui qui se sert de la chose.

⁶⁷ Exposé du juge P. B. Mignault aux *Journées du Droit Civil Français*, à Montréal en 1934, rapporté dans Nadeau, *op. cit.*, no 470.

⁶⁸ *Cloaks v. Cooperberg* [1959] R.C.S. 785 et plus spécialement les motifs du juge Taschereau qui s'exprime ainsi (p. 788) : « l'art. 1054 édicte beaucoup plus qu'une présomption de faute; il établit une responsabilité, à moins que le gardien ne puisse se disculper en invoquant l'intervention d'une force majeure, d'un cas fortuit, de l'acte d'un tiers ou qu'il n'a pu par des moyens raisonnables empêcher le fait qui a causé le dommage ». Voir le grand arrêt du Conseil privé *Quebec Railway, Light, Heat and Power v. Vandry* [1920] A.C. 662; et à la p. 677, le célèbre *dictum* du lord Sumner : "There is a difference, slight in fact but clear in law, between a rebuttable presumption of fault and a liability defeasible by proof of inability to prevent the damage."

⁶⁹ Hâtons-nous de préciser que cet écart n'est pas relevé au titre d'argument contre l'introduction de la nouvelle théorie chez nous, mais simplement comme

C. Sens et champ d'application de la nouvelle théorie.

a) Sens du partage proposé.

25. Nous venons de voir que, dans le système français, lorsque la cause d'un accident est imputable à un vice de la chose, le gardien est garant légal et doit en tout cas réparation.⁷⁰ Dans ces circonstances, pourquoi accablerait-on l'usager plutôt que le propriétaire ? Pourquoi obligerait-on l'usager et non le propriétaire, à réparer ?

26. Il est évident que la théorie du risque⁷¹ ou de la responsabilité sans faute⁷² qui s'applique en France à ces espèces, désigne logiquement le propriétaire comme le garant, puisque c'est un vice inhérent à "sa" chose qui a été cause du dommage, vice qui fait partie de la matière intime de la chose échappant ainsi au pouvoir de contrôle de l'usager.

Si, donc, la réparation est quasi-inexorablement due à la victime dans les accidents de ce genre, il n'est que juste d'en imposer l'obligation au propriétaire. Deux moyens peuvent être utilisés pour arriver à ce résultat : ou bien, on refuse d'admettre que la garde d'origine du propriétaire a été transférée à l'usager,⁷³ ou alors et c'est là l'objet de la nouvelle théorie qui nous occupe actuellement, on divise la garde en décidant que la garde du comportement est transférée à l'usager mais que le propriétaire demeure perpétuellement gardien de la structure.

Le second moyen nous invite, par conséquent, à rechercher la cause de l'accident : à présumer l'usager responsable au cas où celle-ci est imputable à une faute dans le comportement de la chose et le propriétaire, au cas où elle est imputable à un vice de la chose.

27. Puisque tout le monde convient que la garde de comportement ressortit à l'usager, c'est en somme, le problème du transfert de la garde de la structure que nous examinons en ce moment. Se déplace-t-elle en même temps que le déplacement de la garde de comportement

cause de sa naissance en France. En effet, il n'est pas dit que l'adoption du partage proposé entraîne forcément le caractère irréfragable de la présomption. On peut rendre le propriétaire gardien de la structure et le faire bénéficier en même temps de la clémence de la présomption québécoise. C'est, d'ailleurs, cette dernière attitude qui a été adoptée par notre cour supérieure dans la cause *St-Jean Automobiles Ltée*, citée *supra* no 16.

⁷⁰ Sauf en cas de faute exclusive de la victime.

⁷¹ Aubry, Rau et Esmein, *op. loc. cit.*

⁷² Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, 1160-2.

⁷³ *Supra*, no 8-9.

à l'usager ? Le propriétaire peut-il effectuer ce déplacement par convention ?

b) *Champ d'application de la nouvelle théorie.*

28. Préciser à ce stade le champ d'application de la division de la garde s'impose, car, de l'avis même de ses partisans, il existe certaines situations où l'unité de la garde doit être maintenue : l'existence d'une convention (i), le concours de fautes et la cause inconnue (ii) et, enfin, l'usage non autorisé par le propriétaire (iii).

A ces situations, il convient d'en ajouter une quatrième où la jurisprudence québécoise n'admet pas le partage de la garde, à savoir, celle où l'un des deux, du propriétaire ou de l'usager, a commis une faute par rapport au vice de la chose, vice qui aura été cause unique de l'accident (iv).

i) *La convention.*

29. Le déplacement de la garde comporte, comme dit plus haut, la possibilité pour l'usager de mettre en oeuvre les moyens qui pourraient lui permettre de prévenir le dommage.⁷⁴

Par conséquent, en cas de convention entre le propriétaire et l'usager, accompagnée d'un transfert de la garde à celui-ci, le premier pourrait transmettre au second la garde de la structure chaque fois que, le propriétaire connaissant le vice de la chose, l'usager aura été mis en mesure de prévenir le dommage que ce vice pourrait causer, soit grâce à sa propre connaissance du vice, soit grâce à son aptitude raisonnablement à le déceler.⁷⁵

Par contre, si le vice n'est connu que du propriétaire et que l'usager ne peut raisonnablement le déceler, une clause en transférant la garantie à l'usager serait de nul effet, ce dernier n'ayant aucune possibilité d'empêcher l'accident.⁷⁶

Bien entendu, un vice que l'usager seul connaîtrait au moment du déplacement de la garde ou qu'il décèlerait par la suite, pourra logi-

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ D'ailleurs, nous allons voir un peu plus loin (*infra*, no 33 et s.) que l'usager serait considéré, dans ces cas, fautif, et, même en l'absence de toute convention, gardien responsable, exclusivement.

⁷⁶ Cette clause appartiendrait, d'ailleurs, entre les parties, à la catégorie des clauses de non-responsabilité entachées de nullité à raison du dol ou de la faute lourde du stipulant. V. P. Azard, *La responsabilité contractuelle*, Cours de Doctorat, Faculté d'Ottawa, année 1957-58, no 101, p. 122.

quement être mis à sa charge par une clause générale de garantie par l'usager.⁷⁷

30. Quant aux vices inconnus du propriétaire, que cette ignorance soit due à une négligence de sa part ou que les vices soient indécelés ou indécelables, il ne peut transférer les moyens susceptibles de prévenir les accidents qu'ils pourraient causer, ces moyens lui faisant défaut, à lui-même, au moment du déplacement de la garde. (excepté dans les cas mentionnés dans le paragraphe précédent).

ii) *Le concours de fautes.*

31. Si l'accident est imputable simultanément à une faute dans le comportement et à un vice de la chose, qu'une faute soit commise ou non par le propriétaire, le gardien de comportement porte la responsabilité entière de l'accident sauf son recours contre le propriétaire.⁷⁸

Au concours de fautes, il faut assimiler l'accident dû à une cause inconnue.⁷⁹ L'on sait que cette défense ne suffit pas, à elle seule, à exonérer le gardien et qu'il lui faut, pour réussir, apporter la preuve positive de la cause étrangère.⁸⁰

iii) *L'usager sans autorisation.*

32. Le voleur et le préposé infidèle sont, à l'unanimité, considérés gardiens uniques de la chose, du comportement et de la structure, que le propriétaire ait commis ou non, une faute relativement au vice (de la chose) qui a causé l'accident.⁸¹

⁷⁷ Pour l'opposabilité de ces diverses clauses à la victime, v. *supra*, note 28.

⁷⁸ Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, no 1160-3, p. 140, dernier paragraphe. Le caractère alternatif de la responsabilité édictée par l'art. 1054 C.civ. s'oppose, en effet, à ce que le propriétaire et l'usager soient tenus solidairement responsables vis-à-vis de la victime.

⁷⁹ Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, no 1184. Il ne s'agit pas ici de remettre en cause le fait de la chose, ce fait doit avoir été démontré par la victime, préalablement, mais simplement du cas où il est impossible de désigner, parmi les diverses causes qui ont pu concourir à la réalisation du dommage et qui comprennent le fait de la chose, la cause précise à laquelle on peut attribuer l'accident selon les règles de la causalité.

⁸⁰ Nadeau, *op. cit.*, no 469; *Bourgoin v. Sullivan* [1942] K.B. 593.

⁸¹ Autrefois, on se fondait, pour exonérer le propriétaire de la responsabilité, sur l'absence de lien de préposition entre lui et l'usurpateur. La tendance aujourd'hui est de faire intervenir la notion de garde juridique. V. Nadeau, *op. cit.*, no 364.

iv) *La faute par rapport au vice, cause exclusive de l'accident.*

33. Alors que dans les trois situations que nous venons de passer en revue tout le monde est convenu de considérer l'utilisateur comme gardien responsable unique, il est une quatrième situation dans laquelle notre jurisprudence applique le concept de la garde unique au propriétaire ou à l'utilisateur, selon le cas : c'est celle où l'une de ces deux personnes a commis une faute relativement au vice de la chose, vice qui a été la cause exclusive de l'accident.⁸²

D'une part, elle tient le propriétaire seul gardien responsable, lorsqu'il a commis une faute relativement à un tel vice, sa faute pouvant, d'ailleurs, être intentionnelle (connaissant les vices de la chose, il les a cachés à l'utilisateur) ou non intentionnelle (par négligence dans la découverte des vices dont il aurait dû raisonnablement prévoir l'existence).⁸³ Elle refuse, dans ces circonstances, de reconnaître le déplacement de la garde, une des composantes de ce déplacement faisant complètement défaut : le transfert à l'utilisateur de la possibilité de prévenir le dommage.⁸⁴

34. Il est évident, dans ces conditions, qu'appeler le propriétaire gardien « tout court » ou gardien « de structure » ne change en rien les choses, car il est, dans les deux cas, tenu de réparer, seul, la totalité du dommage. Quant à l'utilisateur, il sera exonéré que ce soit au titre de gardien de comportement seulement ou parce que la garde ne lui a pas été transmise au regard de l'accident en cause. Aucun lien de droit ne s'établit entre la victime et l'utilisateur.

⁸² On pourrait trouver dans cette attitude une pétition de principe, mais le fait est là et trouve sa justification dans le primat incontesté et incontestable de la faute dans le domaine de la responsabilité civile.

⁸³ *Edifice Continental v. Adam* [1962] B.R. 231 : le propriétaire d'un réservoir en a été reconnu gardien parce qu'il en connaissait les défauts et que le fournisseur d'huile ne pouvait pas les soupçonner; *Nu-made Handbags v. Katz* [1963] C.S. 126; *British American v. Roberge* [1964] B.R. 18, motifs du juge dissident Badaux qui a maintenu que l'utilisateur était gardien unique et qu'il lui appartenait d'aviser le propriétaire si l'installation n'était pas en bon état de fonctionnement. Conclusion : l'eût-il fait que le propriétaire eut été considéré gardien parce qu'en faute; *Leduc v. Hercules Powder Co.*, déjà citée, *supra*, note 21; *Belvedere v. Cohen* [1946] B.R. 772.

⁸⁴ *Supra*, no 8. La situation est identique en France, v. Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, no 1160-2 *in limine*.

35. Si, au contraire, la faute dans la connaissance du vice de la chose est commise par l'usager, la jurisprudence le considère gardien responsable et le propriétaire est libéré de toute responsabilité.⁸⁵

36. Le système d'élimination progressive des situations dans lesquelles la division de la garde pourrait intervenir, tel que nous l'avons suivi jusqu'ici, nous laisse face à deux situations possibles : celle où le propriétaire et l'usager connaissent ou pouvaient raisonnablement connaître, tous deux, l'existence du vice (concurrence des deux fautes dans la connaissance du vice) et celle où le vice ne pouvait raisonnablement être décelé par le propriétaire et l'usager (absence de faute de part ou d'autre dans cette circonstance).⁸⁶

Aucune hésitation n'est permise quant à la solution à donner à la première de ces deux hypothèses, celle où les deux parties avaient connaissance du vice de la chose : l'usager est responsable parce qu'ayant le pouvoir de commandement sur la chose au moment de l'accident, il était seul dans une position qui lui permettait ou aurait dû lui permettre de prévenir le dommage.⁸⁷

37. Comme conséquence de l'élimination à laquelle nous avons procédé, on remarquera que le domaine dans lequel la division de la garde pourrait jouer un rôle actif se trouve considérablement réduit en pratique : il ne comprend plus que les accidents (i) dus exclusivement à un vice de la chose (ii) vice occulte, que le propriétaire et l'usager ne peuvent pas raisonnablement déceler et (iii) à condition que l'usager ne se soit pas emparé de la chose à l'insu du propriétaire.

Les choses étant ainsi, seuls vont nous intéresser désormais les accidents qui réunissent ces conditions, accidents dont les partisans de la division de la garde voudraient imposer les risques au propriétaire (plutôt qu'à l'usager qui aurait eu à les supporter si nous maintenions l'unité de la garde) en le rendant gardien perpétuel de la structure de sa chose.

⁸⁵ Si l'usager est en même temps victime de l'accident, on s'appuiera également sur la faute de la victime pour exonérer le propriétaire. V. *Dubé v. Hôpital Notre-Dame* [1964] B.R. 134; *Gray v. Xénos* [1955] R.L. 100: le cuisinier, blessé par un couteau tombé d'une étagère, ne peut s'en prendre à son patron, à moins d'une faute de ce dernier. P. Azard, *Supplément au Traité pratique de la responsabilité civile de Lalou*, éd. 1962, p. 72: le cuisinier, en effet, avait la charge, ou la garde peut-être, de la cuisine.

⁸⁶ Il doit être indécélable par les deux, car si l'un des deux avait les moyens de le déceler, il serait en faute et déclaré gardien, v. *supra* 33-34.

⁸⁷ Il n'y a pas lieu, à notre avis, de subtiliser et de considérer la connaissance positive comme devant l'emporter sur la simple possibilité de décellement.

II - VALEUR DE LA THEORIE

38. Si la nouvelle théorie, appliquée dans la sphère très limitée que nous venons de lui tracer, sert un objectif de justice en droit français, comment se fait-il que la division de la garde n'ait pas emporté l'unanimité des suffrages en France ?

La raison en est très simple : la division de la garde, telle que proposée, sape à leur base, les deux principes fondamentaux évoqués au début de cet article,⁸⁸ sur lesquels la responsabilité du fait des choses repose. En ce faisant, cette division conduit à une distorsion de la notion de garde et à des difficultés pratiques insurmontables.

A. La responsabilité édictée par l'art. 1054 est désormais liée à la chose elle-même.

39. Le propriétaire devient, en fait, responsable de « sa » chose, au mépris du texte et de l'interprétation jurisprudentielle constante de celui-ci qui veut que cette responsabilité soit rattachée à la garde de la chose et non à la chose elle-même.

On ne devrait pas se méprendre sur le sens du vocable de "gardien" que l'on décerne au propriétaire, car il est évident qu'il ne l'est que pour les besoins de la cause, soit le respect apparent de la lettre de l'article considéré.

40. En réalité, le propriétaire est responsable de « sa » chose parce qu'il en est propriétaire et non parce qu'il en est gardien. Sa position, en effet, relativement à la chose est toute autre que celle d'un gardien. N'ayant retenu aucun pouvoir de commandement relativement à cette chose, pouvoir qui, dans notre hypothèse, a été transmis à l'usager, il n'est ni plus ni moins qu'un garant légal des conséquences dommageables du vice de sa chose.

41. La garde est de la sorte singulièrement déformée. Les points que nous évoquons ci-après aideront à souligner l'étendue de cette déformation :

- i) Il est admis que la notion de garde conduit inmanquablement à porter une appréciation sur la conduite du gardien,⁸⁹ la façon dont il a usé du gouvernement de fait qu'il avait par rapport à la chose. On voit mal comment le propriétaire, privé de tous moyens de prévenir le dommage du fait que l'usager

⁸⁸ *Supra*, no 3.

⁸⁹ R. Rodière, *op. cit.*, no 1497; *supra*, no 18, al. 3e.

détenait ce gouvernement de fait, pouvait avoir une conduite soumise à une appréciation, alors que, de plus, la cause du dommage est un vice inconnu de lui et indécélable et incontrôlable par lui.⁹⁰

- ii) La garde étant un pouvoir patrimonial de fait, est transmissible par nature.⁹¹ La perpétuité de la garde de la structure serait, par conséquent, contraire à cette nature.
- iii) Même pour les défenseurs les plus zélés du partage de la garde, l'usurpateur de la chose (le voleur et le préposé infidèle) en devient gardien (et de la structure et du comportement) et nul ne prétend que cette sévérité lui est imposée au titre de peine civile à cause de son action illicite.⁹²

Le pouvoir de fait de l'usager-usurpateur et de l'usager régulier sur la chose est absolument identique. Il n'y a donc aucune raison qui justifie que le premier soit considéré gardien responsable de la structure et que le second ne le soit pas.

42. En somme, la nouvelle théorie nous propose un gardien de structure qui n'a rien du gardien et pour lequel la garde ne veut plus dire garde mais garantie de vices.⁹³

Du fait que la responsabilité cesse d'être "personnelle" pour devenir "réelle", on ne peut plus avoir recours à une notion toute personnelle, comme l'est la garde. Continuer de le faire, dans ces circonstances, provoque l'éclatement de la notion auquel nous assistons actuellement en France.⁹⁴

43. Une fois admis le principe que la responsabilité est rattachée, non plus à la garde de la chose, mais à la chose elle-même, une cascade d'actions récursoires est à craindre. En effet, le vice peut venir d'un

⁹⁰ L'usager pourrait en dire autant, mais, alors la responsabilité édictée par l'art. 1054 C. civ. est liée à « sa » garde.

⁹¹ Sauf si une convention ou des dispositions législatives impératives s'y opposent.

⁹² *Supra*, no 31. Il faut se garder de confondre l'action illicite de l'usurpateur avec la faute dans le comportement ou la faute du propriétaire dans la connaissance du vice de la chose, *supra*, no 33. Ces deux fautes se rapportent à la cause directe de l'action, tandis que l'action illicite de l'usurpateur n'est pas une cause de l'accident mais seulement l'occasion qui a permis son avènement.

⁹³ Garantie qui est relative dans le Québec et qui est quasi-absolue en France.

⁹⁴ R. Rodière, note citée D.H.1960.J.609 (II, 4): « C'est une justice aberrante (selon laquelle le gardien resterait toujours le propriétaire lorsque le dommage est dû au vice de la chose) qui met alors la réparation à la charge du gardien, car elle contrarie la proposition fondamentale selon laquelle le gardien est responsable, non de la chose elle-même, mais de sa garde ».

défaut d'entretien antérieur ou d'un défaut d'entretien dont s'est rendu coupable un précédent gardien, ou bien il peut avoir existé depuis la construction de la chose et s'être manifesté par la suite.⁹⁵ Le propriétaire responsable pourrait se retourner contre le précédent, celui-ci contre le fabricant et ce dernier contre le fournisseur de matières premières.⁹⁶

Mais la situation serait aussi confuse par rapport à la victime. En effet, si une fois la garde divisée, la notion de risque n'est pas acceptée comme fondement général, principal ou subsidiaire, de la responsabilité (comme c'est le cas chez nous), la victime devrait être déboutée si elle ne choisit pas le gardien de la structure qu'il faut, si elle n'actionne pas celui parmi les gardiens successifs de la structure pendant le « règne » duquel le vice s'est introduit dans la chose. Proposition évidemment impensable.⁹⁷ Puisqu'après avoir divisé la garde, nous cherchons, en définitive, un garant des vices de la chose, pourquoi faut-il, dans tous les cas, accabler le propriétaire actuel? N'est-il pas plus juste et plus logique, dans certains cas, de présumer plutôt la responsabilité du fabricant quant aux vices de la chose qu'il a fabriquée ?⁹⁸

B. *Le caractère alternatif de la responsabilité du fait des choses est violé.*

44. Quoiqu'on dise au sujet de l'inexistence d'une contradiction entre ce caractère alternatif et le partage de la garde, en prétextant que les deux gardiens ne sont pas responsables simultanément mais

⁹⁵ Mazeaud et Tunc, no 1328-4, p. 344. Ces auteurs mentionnent les faits que nous rapportons pour justifier la jurisprudence qui tient le gardien unique responsable pour le tout.

⁹⁶ Ces actions récursoires seraient fondées sur la garde (art. 1054 C. civ.) indépendamment de toute faute personnelle de la part de ces divers gardiens de la structure, car si l'un d'entre eux avait commis une telle faute, il pourrait être recherché en vertu de l'art. 1053 C. civ.

⁹⁷ Il est vrai qu'un aspect mitigé de la théorie du risque (puisque'il admet la preuve salvatrice contraire à laquelle cette théorie appliquée intégralement, ne saurait faire place) est adopté lorsque nous retenons la responsabilité du gardien de comportement pour les conséquences dommageables du vice de la chose, telle que le veut la conception traditionnelle de la garde que nous défendons. Mais, alors, c'est en vertu d'un texte législatif (art. 1054, C. civ.) interprété comme désignant un gardien unique. Si ce texte est interprété comme pouvant admettre une garde divisée, pourquoi accablerions-nous toujours le propriétaire actuel ?

⁹⁸ La responsabilité « réelle » qui serait ainsi créée pourrait se rapprocher de la « strict liability » imposée dans certains états américains aux fabricants d'automobiles.

concurrentement, chacun pour un aspect différent de la garde,⁹⁹ il n'en reste pas moins que, en cas de concours de la faute dans le comportement et du vice de la chose dans la réalisation du dommage, on devrait, pour être conséquent avec soi-même et par une application saine des règles générales de la responsabilité délictuelle, tenir le propriétaire et l'usager responsables solidairement¹⁰⁰ du dommage.

Le même raisonnement devrait être suivi dans les cas où il est impossible d'imputer l'accident, d'une façon précise et définie, au comportement ou au vice de la chose, ainsi que dans ceux où la cause effective de l'accident demeure inconnue.¹⁰¹

Prétendre faire peser la responsabilité dans tous ces cas, sur la tête du gardien de comportement uniquement,¹⁰² sous prétexte que la faute de comportement est le plus souvent cause unique ou principale de l'accident, est pour le moins arbitraire. Une théorie ne peut être bâtie sur l'arbitraire.¹⁰³

45. Vouloir appliquer la nouvelle théorie aux seules hypothèses où l'accident est imputable d'une façon nettement déterminée et nettement tranchée, à un vice de la chose et recourir à l'indivisibilité de garde dans toutes les autres hypothèses, ne peut être accepté comme règle, car une règle n'est bonne qu'à condition de pouvoir se généraliser.

La confusion ainsi créée a conduit les promoteurs de la nouvelle théorie à souhaiter l'intervention du législateur afin qu'il édicte, par rapport aux cas douteux, une responsabilité solidaire du propriétaire et de l'usager et abolisse le caractère alternatif de la responsabilité.¹⁰⁴

Ces souhaits formulés *de lege ferenda* n'ont pas été accueillis par le législateur jusqu'à ce jour.¹⁰⁵

⁹⁹ Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, no 1164.

¹⁰⁰ Ou une responsabilité *in solidum* du propriétaire et de l'usager, ce qui, pour la victime, revient au même à toutes fins pratiques: elle peut rechercher l'un ou l'autre pour la totalité de la réparation, que la responsabilité soit solidaire ou *in solidum*. V. Mignault, *Droit Civil*, t. 5, p. 490.

¹⁰¹ Quoique le fait de la chose ait été démontré, v. *supra*, note no 79.

¹⁰² *Supra*, no 30.

¹⁰³ Mazeaud et Tunc reconnaissent que cette critique semble rendre la théorie de la garde partagée inadmissible, *op. cit.*, no 1160-3, p. 140.

¹⁰⁴ Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, no 1160-3, p. 140, 3e al.

¹⁰⁵ Il convient de souligner qu'il s'agit ici de simultanéité de responsabilité et non de simultanéité de présomption. Cette dernière n'est pas défendue par le texte; elle est même adoptée régulièrement par nos tribunaux dans leur recherche de la faute du propriétaire.

CONCLUSION

46. Les développements qui ont précédé ont montré, nous l'espérons, que la théorie de la garde partagée est inutile et inacceptable dans notre système juridique de la responsabilité du fait des choses.

47. Son inutilité est évidente: l'attitude adoptée actuellement par les tribunaux de notre province en la matière ne serait en rien modifiée.

En effet, nous laissons de côté les hypothèses où tout le monde est convenu que le gardien du comportement est gardien unique,¹⁰⁶ nous remarquons que notre jurisprudence retient déjà la responsabilité totale du propriétaire s'il a commis une faute relativement au vice de la chose, cause unique du dommage. Il est absolument indifférent qu'il soit appelé gardien juridique (tout court) de la chose ou gardien de sa structure. Dans ce cas, la division de la garde n'ajoute rien.

Elle n'ajoute rien, non plus, lorsque le vice de la chose, cause unique du dommage, ne pouvait être raisonnablement connu ou décelé par le propriétaire, car ce dernier pourra soulever, dans pareils cas, l'exception de la cause étrangère.¹⁰⁷

La situation est la même, il est vrai, mais s'attacher à la conception traditionnelle de l'unité de la garde, en considérant le propriétaire gardien unique, là où il doit l'être, a le mérite de respecter les fondements de notre droit relatif à la responsabilité du fait des choses ainsi que le sens précis de la notion de garde.

48. Le partage proposé est, de plus, inacceptable non pas tant parce qu'il contrarie les fondements techniques de notre droit, tel que nous l'avons démontré plus haut,¹⁰⁸ que parce qu'il y introduit un élément insolite: celui de la responsabilité fondée sur le risque, que ne justifie aucun texte.

Cet élément insolite est également sournois. Aidé d'une notion de garde vidée de son sens, il entraînerait nos tribunaux, *volens nolens*, à l'application de plus en plus généralisée de la théorie du risque dans d'autres domaines de la responsabilité et les ferait abou-

¹⁰⁶ *Supra*, no 27-31.

¹⁰⁷ La cause étrangère telle que comprise à Québec, *supra*, no 21. C'est sur ce point, répétons-le, que la nouvelle théorie pourrait être utile en droit français: le gardien ne peut s'exonérer dans ces circonstances en France, *supra*, no 22.

¹⁰⁸ *Supra*, no 37 et s.

tir à des excès semblables à ceux que l'on constate dans la jurisprudence française.¹⁰⁹

49. Ainsi, tout en sacrifiant la clarté des bases de notre institution actuelle, la nouvelle thèse n'ajoute aucune garantie de réparation en faveur de la victime,¹¹⁰ dont l'assistance a été le point de départ et la raison de l'évolution de l'élaboration jurisprudentielle de l'art. 1054 al. 1er du Code civil.

Cette victime recevra réparation intégrale de l'usager-gardien dans tous les cas, sauf si le propriétaire-gardien est seul fautif relativement au vice de la chose, cause unique du dommage, auquel cas, ce dernier devra réparation.

Par ailleurs, elle supportera les risques de l'accident s'il est dû exclusivement à un vice de la chose, lorsque ce vice est indécélé et raisonnablement indécélé par le propriétaire et l'usager.

50. Que l'on ne s'émeuve pas devant cette dernière affirmation. Car, chaque fois que des accidents d'un certain genre sont devenus fréquents et ont atteint une classe sociale déterminée, le législateur est intervenu pour édicter des dispositions spéciales établissant une responsabilité sans faute. L'équilibre social l'a alors emporté sur les considérations juridiques.¹¹¹

51. A notre avis, l'unité de la garde et son indivisibilité doivent être défendues à tout prix, non dans un esprit d'attachement à un droit existant ou de réaction contre une évolution progressive, mais pour éviter d'obscurcir inutilement une institution, autrement claire, et de battre en brèche le grand dogme de la faute qui forme les assises de la responsabilité chez nous.

¹⁰⁹ Ripert, *La règle morale*, no 114, p. 206; L. Baudouin, *op. cit.*, *loc. cit.*: « on taxe volontiers ici notre jurisprudence de retardataire et de vieillotte... Nous croyons que son action commence à se faire sentir d'une façon bienfaisante ».

¹¹⁰ Il est curieux de noter que dans les deux causes québécoises citées au début de cet article (*supra*, no 13) qui ont fait appel à la nouvelle théorie, les victimes ont été déboutées.

¹¹¹ Ripert, *Le régime démocratique*, no 167 et s.