
COMMENT

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

L'affaire *Lapierre*: Vers une théorie économique de l'obligation quasi-contractuelle

Michel Krauss*

L'auteur commente la récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Lapierre c. F.G. Québec* à la lumière d'une analyse économique du droit. Après un rappel des faits et des décisions de la Cour supérieure et de la Cour suprême, l'auteur procède à une analyse économique des programmes de vaccination massive. Cette analyse permet à l'auteur d'avancer les fondements d'une éventuelle théorie économique des obligations quasi-contractuelles. L'analyse économique du quasi-contrat permet aussi à l'auteur de conclure que le cas de Nathalie Lapierre aurait pu être réglé par le principe de l'enrichissement sans cause du droit civil plutôt que par une loi spéciale.

The author examines the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Lapierre v. A.G. Quebec* in the light of an economic analysis of the law. First, the facts and holdings of the Superior and Supreme Courts are presented. The author then undertakes an economic analysis of mass vaccination programs. Finally, the author establishes an economic basis for an eventual theory of quasi-contractual obligations. This economic analysis leads to the conclusion that Nathalie Lapierre's claim could have been granted on the basis of the civilian principle of unjustified enrichment rather than by special legislation.

*De la Faculté de droit, Université de Sherbrooke. L'auteur remercie Catherine Valcke (LL.B.) pour son amicale collaboration dans la préparation de ce texte.

Sommaire

Introduction

I. L'affaire *Lapierre*

A. Les faits

B. Les jugements

1. La Cour supérieure
2. La Cour suprême du Canada

II. Analyse économique de la problématique de *Lapierre*

A. L'utilité des programmes de vaccination

B. Les vaccinations et les biens publics

1. La notion de «bien public»
2. Les biens publics imparfaits: Un appel économique à la compensation
3. Le «potentiel parétien» du programme Rejeté comme motif de non-compensation
4. La «supériorité quasi-parétienne» rejetée comme motif de non-compensation
5. Conclusion

III. *Lapierre* et le droit civil: Vers une théorie économique du quasi-contrat

A. La responsabilité de la défenderesse en garantie

B. La responsabilité du gouvernement du Québec

1. Analyse économique
2. Analyse du droit positif
 - a. *Analyse du droit positif par la Cour suprême*
 - b. *Analyse du droit positif en fonction d'une théorie économique du quasi-contrat*

Conclusion générale

Introduction

Faisant fi des enseignements de Copernic et de Galilée, il nous arrive souvent de croire que notre époque est la plus fertile qui soit en jugements de droit privé importants, voire paradigmatiques.¹ Ainsi, des arrêts tels *Katz c. Reitz*,² *General Motors Products of Canada Ltd c. Kravitz*³ et *Cie Immobilière Viger c. Lauréat Giguère Inc.*,⁴ pour ne nommer que ceux-là, sont féconds en éléments d'une éventuelle théorie — tant positive que normative — des obligations extra-contractuelles. Actuellement, une telle théorie manque cruellement en droit québécois.

Dans cette catégorie de jugements paradigmatiques entrent presque certainement les principaux jugements rendus dans l'affaire *Lapierre c. P.G. Québec* (voir les jugements de la Cour supérieure⁵ et de la Cour suprême du Canada⁶). Ces décisions diffèrent dans leur contenu, bien sûr: la Cour suprême a infirmé le jugement de la Cour supérieure, qui avait donné raison au demandeur.⁷ Le jugement de la plus haute cour a par ailleurs lui-même été partiellement amorti par une loi particulière.⁸ Les deux décisions ont toutefois en commun, à notre avis, une absence de traitement systématique des implications fondamentales du litige.

Dans ce texte, nous tenterons de démontrer qu'un bon⁹ jugement civiliste aurait pu donner gain de cause au demandeur, mais pour des motifs autres que ceux invoqués par la Cour supérieure. De par une analyse économique de la notion du quasi-contrat, nous ferons un premier pas vers l'élaboration d'une théorie des obligations extra-contractuelles, théorie pouvant résoudre le dilemme de *Lapierre* et d'autres cas semblables.

¹Ce mot prend ici le sens épistémologique utilisé par T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2e éd., Chicago, University of Chicago Press, 1970.

²(1972), [1973] C.A. 230.

³(1979), [1979] 1 R.C.S. 790, 93 D.L.R. (3d) 481 [ci-après *Kravitz* cité aux R.C.S.].

⁴(1976), [1977] 2 R.C.S. 67, 10 N.R. 277 [ci-après *Viger* cité aux R.C.S.].

⁵*Lapierre c. P.G. Québec* (1979), [1979] C.S. 907, inf. (1983), [1983] C.A. 631, inf. (1985), [1985] 1 R.C.S. 241 [ci-après *Lapierre* (C.S.Q.)].

⁶*Lapierre c. P.G. Québec* (1985), [1985] 1 R.C.S. 241, 58 N.R. 161 [ci-après *Lapierre* (C.S.C.) cité aux R.C.S.].

⁷Plus précisément, la Cour suprême a confirmé le dispositif du jugement de la Cour d'appel du Québec, ce dernier ayant renversé la décision de la Cour supérieure.

⁸*Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les affaires sociales*, L.Q. 1985, c. 23, art. 18. Cette *Loi* fut adoptée le 20 juin 1985, soit à peine deux mois après *Lapierre* (C.S.C.).

⁹Ce qualificatif vise la méthodologie autant que le fond. Voir M. Krauss, *Compte rendu* (1984) 62 R. du B. can. 451.

Notre démarche sera succincte. Après avoir, dans un premier temps, résumé l'arrière-plan factuel du litige, nous cernerons la problématique générale soulevée dans l'arrêt *Lapierre*, et nous examinerons cette problématique selon une perspective économique. Cet examen nous permettra de conclure, dans une troisième section, qu'il existe dans notre *droit* (sans nécessité d'adopter une *loi* particulière) une réponse flexible et appropriée à la question: Existe-t-il une obligation lorsqu'une perte est imposée pour le bien commun? La Cour suprême ne s'étant point posé cette question, il est peu étonnant qu'elle ne lui ait pas offert de réponse.

I. L'affaire *Lapierre*

A. Les faits

L'historique de ce litige se résume assez simplement.¹⁰ Dès 1970, le gouvernement du Québec a instauré un programme de promotion et d'administration massives d'un vaccin anti-rougeole. Le programme consistait à inciter fortement les parents à faire vacciner leurs enfants, tout en subventionnant à cent pour cent le coût du vaccin et de son administration.¹¹

En septembre 1972, Mme Lapierre amena ses deux filles à une école de l'Assomption, Québec, pour obtenir un certificat de vaccination contre la variole. À l'époque, ce certificat était exigé pour l'admission des enfants à l'école.¹² Lors de cette visite, les employés de l'Unité sanitaire locale¹³ invitèrent Mme Lapierre à faire vacciner ses filles contre la rougeole. Elle accepta, et l'infirmière de garde lui posa alors toutes les questions d'usage afin de déceler une contre-indication à l'innoculation de ses filles. Cette vérification, faite selon les normes, ne révéla aucun motif d'abstention et l'on procéda à l'administration du vaccin. Une dizaine de jours plus tard,

¹⁰Le mémoire du demandeur devant la Cour supérieure, (Montréal 500-05-011876-73) constitue une bonne source dans la relation factuelle de ce litige.

¹¹Avant 1970 le vaccin anti-rougeole était disponible au Québec, mais à titre de bien privé seulement: c'est-à-dire que chaque parent choisissait de faire vacciner son enfant ou non, en payant le vaccin et son administration par le médecin de son choix. Nous verrons, *infra*, que des particularités économiques du vaccin anti-rougeole lui donnent un caractère (imparfait) de bien public, justifiant possiblement à la fois l'aide subventionnelle et la (quasi-) obligation de se faire vacciner.

¹²Il s'agissait à l'époque du seul vaccin requis pour la fréquentation scolaire. En instituant cette exigence, le Québec imitait 41 des 50 états américains. L'immunisation obligatoire était moins courante dans les autres provinces canadiennes. Voir L. Gee et R.F. Sowell, «A School Immunization Law Is Successful in Texas» (1975) 90 Pub. Health Rep. 21. Nous examinerons, *infra*, la question de la légitimité du caractère obligatoire de l'immunisation.

¹³L'Unité sanitaire était investie des pouvoirs de la *Loi de l'hygiène publique*, S.R.Q. 1964, c. 161, art. 5, abr. par *Loi de la protection de la santé publique*, L.Q. 1972, c. 42, mod. par L.R.Q. c. P-35. Ses employés étaient des préposés du Ministère des affaires sociales.

Nathalie Lapierre fut atteinte de convulsions graves. Elle fut transportée à l'hôpital Ste-Justine à Montréal, où l'on diagnostiqua une encéphalite diffuse aiguë, provoquant (aux dires des témoins experts) des dommages neurologiques extrêmement graves.¹⁴

Il est utile de mentionner qu'aucune mise en garde n'avait été faite à Mme Lapierre des risques qu'une encéphalite résulte du vaccin malgré l'absence de contre-indication. Par ailleurs, il fut mis en preuve que ce risque était approximativement de un sur un million.¹⁵ Dans un état naturel où personne ne serait vacciné contre la rougeole, il a été établi que 95 pour cent des enfants souffriraient de cette maladie; de ceux-ci, un cas sur *mille* dégénérerait en encéphalite aiguë.¹⁶ Interrogée à ce sujet, Mme Lapierre reconnut qu'elle aurait d'autant plus fermement consenti à l'administration du vaccin si elle avait été mise au courant de ces statistiques.¹⁷ Enfin, rien ne permet de conclure que la personne (sur un million) qui réagirait négativement au vaccin, aurait également et nécessairement figuré parmi les cas (un sur mille) d'encéphalite en l'absence du vaccin.¹⁸

¹⁴L'incapacité permanente de cent pour cent était admise par les parties.

¹⁵Lapierre (C.S.C.), *supra*, note 6 à la p. 248. Cette probabilité est acceptée dans la littérature épidémiologique: voir, par exemple, P.M. Boffey, «Vaccine Liability Threatens Supplies» *The New York Times* (26 juin 1984) C1 à la p. C13.

¹⁶Dans Lapierre (C.S.C.), *ibid.*, la Cour suprême établit cette dernière probabilité à un sur cent mille. Quoique la différence n'est pas importante pour nos fins, signalons qu'il s'agit là d'un chiffre qui ne correspond pas à la preuve soumise. Voir, notamment, la pièce DG-33-M-12: Note, «Problems in the Eradication of Measles» (1976) 69 S. Med. J. 1113 à la p. 1113 où l'on peut lire:

Measles (rubeola) is one of the most underrated of all the infectious diseases. Bacterial infections occur in 15 [per cent] to 20 [per cent] of cases and the encephalitis which occurs in approximately one of every 1,000 cases often causes permanent brain damage, mental retardation and death.

¹⁷Voir l'interrogatoire en Cour supérieure de Mme Lapierre par les avocats de la compagnie Merck Sharpe et Dohme Canada Ltée, le 29 novembre 1977, aux pp. 18-19, reproduit aux pp. 7-8 du mémoire du demandeur Lapierre, *supra*, note 10.

¹⁸Ce fait est très important pour plusieurs raisons. D'abord, sur le plan du droit traditionnel, si Nathalie avait été condamnée à subir une encéphalite, avec ou sans vaccin, le lien causal entre l'administration de celui-ci et les dommages subis aurait été subtil, sinon ténu. Au contraire, nous voyons ici que la victime du programme public de vaccination n'en aurait pas nécessairement été une en l'absence du programme. Si le lecteur se rapporte aux hypothèses discutées, *infra*, il verra que, dans certains cas où la compensation a été admise par les tribunaux, la victime du geste d'enrichissement collectif aurait tout autant souffert en l'absence dudit geste. Dans Lapierre, le préjudice est encore plus douloureux en ce qu'il n'aurait pas nécessairement été subi en l'absence du geste d'enrichissement collectif. Il n'est pas du tout évident que le caractère inéluctable d'un préjudice subi exclue moralement et économiquement la demande de compensation (encore, voir *infra*); il n'en demeure pas moins que, dans le cas contraire, la réclamation de la victime paraît encore plus puissante.

Par le biais de son père, tuteur à sa personne et à ses biens, Nathalie a poursuivi le Procureur général du Québec pour 1 980 000 \$.¹⁹ Celui-ci a appelé en garantie le distributeur du vaccin au Québec, Merck Sharpe et Dohme Canada Ltée, de même que le fabricant, Merck Sharpe et Dohme Inc.

B. Les jugements²⁰

1. La Cour supérieure

La Cour supérieure a, en premier lieu, rejeté les demandes en garantie contre les compagnies pharmaceutiques. L'honorable juge Nadeau a conclu que «le vaccin, même s'il est à l'origine du préjudice, n'en a pas moins été fabriqué suivant les normes admises».²¹ Ayant déterminé que le vaccin était exempt de vices de fabrication ou d'emballage, et qu'il s'agissait d'une réaction impossible à déceler d'avance, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas eu de négligence de la part de l'une ou l'autre des défenderesses en garantie. Elle n'a pas non plus considéré la possibilité d'autres sources à une obligation incombant aux défenderesses en garantie. Elle a ainsi choisi de ne pas suivre une jurisprudence américaine, embryonnaire à l'époque,²² et plus fortement ancrée aujourd'hui, comme nous le verrons plus bas.²³

Quant au défendeur principal, le Procureur général, la preuve a permis de réfuter la prétention que ses préposés avaient mal entreposé ou mal administré le vaccin. Le juge Nadeau a également refusé l'argument²⁴ voulant que la décision d'entreprendre le programme de vaccination ait été en elle-même fautive. Au contraire, ce programme était justifié par les importants bénéfices qu'il procurait à l'immense majorité des participants. Confirmant l'absence de délit, la Cour a néanmoins condamné le défendeur, au

¹⁹Le père a aussi réclamé pour 35 000 \$ de dommages qu'il aurait subis personnellement. Nous ne traiterons point de cette poursuite dans ce texte.

²⁰Nous rappelons que pour fins de commodité, nous ne discuterons que des jugements de la Cour supérieure et de la Cour suprême du Canada.

²¹Lapierre (C.S.Q.), *supra*, note 5 à la p. 920.

²²Voir, *inter alia*, *Davis c. Wyeth Laboratories, Inc.*, 399 F.2d 121 (9th Cir. 1968) (l'omission d'avertir le patient d'un risque infime de réaction négative entraîne la responsabilité du fabricant/distributeur du vaccin) [ci-après *Davis*].

²³Voir *infra*, section III.A.2.

²⁴Voir le mémoire du demandeur, *supra*, note 10 à la p. 18.

motif qu'un « état de nécessité » prévu par l'article 1057 du *Code civil*²⁵ avait créé l'obligation d'indemniser la victime.²⁶

2. La Cour suprême du Canada

Devant la Cour suprême, il n'était plus question de la responsabilité des compagnies pharmaceutiques. Leur exonération par la Cour supérieure avait été confirmée par la Cour d'appel, et le demandeur n'avait pas porté cette partie du jugement en appel.

Étudiant l'action principale, la Cour suprême s'est appliquée à désapprouver systématiquement le jugement de la Cour supérieure. La Cour procéda à une longue analyse pour démontrer qu'en droit privé québécois, d'une part l'état de nécessité ne saurait constituer une source indépendante d'obligations; et, d'autre part, il n'existe aucun principe consacrant le dédommagement de victimes d'actes d'enrichissement collectif.²⁷ Plus brièvement, la Cour a considéré et écarté une autre source possible de responsabilité civile, soit la théorie du risque, pour laquelle elle n'a pas non plus trouvé de fondement dans notre droit.²⁸ En conclusion, la Cour suprême a exprimé le souhait qu'un jour une loi spéciale puisse remédier aux carences du droit civil, et imposer une obligation au gouvernement dans de telles circonstances.²⁹ Elle a rejeté la demande principale, mais sans frais, *dura lex sed lex*.

II. Analyse économique de la problématique de *Lapierre*

A. *L'utilité des programmes de vaccination*

La problématique de l'affaire *Lapierre* peut être généralisée à plusieurs égards. Il faut dire, dans un premier temps, que les risques inhérents au vaccin anti-rougeole ne sont ni uniques, ni même inusités. L'Association médicale américaine a estimé, par exemple, que le vaccin anti-coqueluche

²⁵Art. 1057 *C.c.B.-C.* :

Les obligations naissent, en certains cas, de l'opération seule et directe de la loi, sans qu'il intervienne aucun acte, et indépendamment de la volonté de la personne obligée, ou de celle en faveur de qui l'obligation est imposée;

Telles sont . . .

[!]es obligations qui en certaines circonstances, naissent de cas fortuits;

Et autres semblables.

²⁶*Lapierre* (C.S.Q.), *supra*, note 5 aux pp. 915-18. Le défendeur fut condamné à verser 375 000 \$ à Nathalie.

²⁷*Lapierre* (C.S.C.), *supra*, note 6 aux pp. 247-64.

²⁸*Ibid.* aux pp. 264-66.

²⁹*Ibid.* à la p. 269.

provoque des dommages neurologiques une fois par 312 500 administrations (soit, relativement, trois fois plus souvent que le vaccin anti-rougeole).³⁰ Le vaccin *Sabin* contre la poliomyélite cause, quant à lui, une paralysie générale par 3 200 000 administrations.³¹ Dans tous ces cas, y compris dans *Lapierre*, le nombre de victimes des vaccinations est sensiblement moindre que le nombre attendu en l'absence de vaccination.³² De même, dans tous les cas, l'identité des victimes de la vaccination diffère possiblement de celle en cas de maladie naturelle.

Dans un tel contexte, il s'avère utile d'évaluer généralement l'implication gouvernementale. Malgré la prétention du demandeur, il semble évident que la promotion et la subvention des programmes de vaccination ne sont pas fautives en soi, dans la mesure où celles-ci procurent un bénéfice important. Car il faut reconnaître que tout médicament ne procure pas nécessairement un bénéfice social net. Si un programme de promotion de la santé ne réussit pas ce test utilitariste, sa promotion (par un gouvernement ou par un fabricant) pourrait constituer un délit au sens de l'article 1053 du *Code civil*.³³

³⁰Ces statistiques sont tirées d'une étude de l'A.M.A. dont fait état P. Huber, «Safety and the Second Best: The Hazards of Public Risk Management in the Courts» (1985) 85 Colum. L. Rev. 277 à la p. 285 n. 35.

³¹*Ibid.* Pour ce qui est de la poliomyélite, les statistiques sont divergentes. Dans *Davis, supra*, note 22 à la p. 124, un risque de un sur un million fut mentionné. D'autres jugements américains utilisent des chiffres différents; dans tous les cas, le risque est minime.

³²À titre d'exemple, il a été estimé que le vaccin anti-coqueluche sert à prévenir 322 000 cas de coqueluche par année aux États-Unis. De ce nombre, 457 décès résulteraient en toute probabilité: Malgré le vaccin, 44 décès par année dus à la coqueluche surviennent aux États-Unis annuellement. Une vingtaine de cas d'encéphalite aiguë sont probablement causés par le vaccin anti-coqueluche annuellement. Voir A.R. Hinman et J.P. Koplan, «Pertussis and Pertussis Vaccine: Reanalysis of Benefits, Risks, and Costs» (1984) 251 J. Am. Med. Ass'n 3109 aux pp. 3112-13.

³³Ainsi, et à titre d'exemple, l'antibiotique chloramphénicol (mis en marché sous le nom *Chloromycetin* par Parke-Davis), utilisable généralement, offrait toutefois peu d'avantages puisqu'il n'était le médicament de choix que dans le cas de la fièvre typhoïde. Son usage dans les cas d'infections (y compris contre des rhumes) était répandu; par ailleurs moins de 200 cas de fièvre typhoïde sont rapportés tous les ans en Amérique du nord. Une anémie aplastique, souvent fatale, survenait à toutes les 24 200 administrations de ce médicament. Il est loin d'être certain que la promotion de ce médicament satisfasse les exigences du test utilitariste. Voir *Love c. Wolf*, 38 Cal. Rptr 183 (Dist Ct App. 1964) et «The Peculiar Success of Chloromycetin» (1970) 35 Consumer Rep. 616. Dans ces circonstances, la promotion du médicament a été jugée en contravention de l'art. 402A du *Restatement (Second) of Torts* du American Law Institute. Cet article, qui a été adopté par de nombreux états américains, établit la responsabilité de celui qui vend un produit s'avérant «unreasonably dangerous». Les tribunaux font justement un calcul coût-bénéfice pour déterminer si les risques du médicament sont «raisonnable». Voir aussi *Reyes c. Wyeth Laboratories*, 498 F.2d 1264 à la p. 1273 et s. (5th Cir. 1974), cert. denied, 419 U.S. 1096 [ci-après *Reyes*].

Lorsqu'il y a bénéfice net, une partie en échoit à la personne vaccinée, bien sûr; mais le gouvernement du Québec en récolte aussi une part, étant donné la socialisation des risques inhérente au système d'Assurance-santé. Dans *Lapierre*, pour démontrer l'opportunité de son programme d'innoculation massive contre la rougeole, le gouvernement du Québec a admis avoir grâce à lui épargné, au seul plan de l'hospitalisation, 2 517 237 \$ entre 1970 et 1974. Au chapitre des impôts payés qui ne l'auraient pas été en cas de pandémie de rougeole, et des paiements épargnés de bien-être social aux encéphalites «naturels», la somme est évidemment bien supérieure.³⁴ Puisque la promotion du programme est socialement utile, et puisqu'elle ne viole pas non plus des droits fondamentaux,³⁵ elle semble relever carrément du domaine de «policy» que Dworkin et d'autres ont si bien délimité comme étant le champ approprié de l'action gouvernementale.³⁶

B. *Les vaccinations et les biens publics*

Force nous est, toutefois, de constater que les coûts de cette politique sont répartis d'une manière particulière. Habituellement, le prix d'une politique sociale bénéfique est acquitté selon un mode de financement conscient (imposition foncière, imposition sur le revenu, etc.). Dans le cas de la vaccination, toutefois, et dans d'autres cas semblables, il semble qu'une part disproportionnée du coût d'un geste d'enrichissement collectif soit supportée par une personne (ou un groupe de personnes). Cinq exemples illustrent notre pensée:

1. Un incendie fait des ravages dans une municipalité. Le chef des pompiers croit, raisonnablement, que le voisinage ne sera sauvé que par l'érection d'un mur de feu qui épuisera l'incendie. La maison de V (la victime) est

³⁴Voir la pièce D-28, soumise par le Procureur général en Cour supérieure dans *Lapierre*. Aux États-Unis, il a été estimé que le gouvernement américain (qui pourtant n'agit guère en assureur de la santé de ses citoyens) a épargné 1 300 000 000 \$ de 1965 à 1975 grâce à l'immunisation contre la rougeole. Voir J.J. Witte et N.W. Axnick, «The Benefits from 10 Years of Measles Immunization in the United States» (1975) 90 Pub. Health Rep. 205. Cet article avait été produit en preuve par la défenderesse en garantie (la pièce DG-33-M-11).

³⁵Nous visons ici les programmes subventionnés et encouragés par l'État, et non pas encore les programmes obligatoires, où bien sûr l'intégrité physique de la personne est atteinte. Nous verrons que cet accroc à un droit fondamental se comprend à la lumière de l'analyse économique du droit.

³⁶Le «principe», au contraire, constitue le domaine d'action approprié des tribunaux. Voir R.M. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978 aux pp. 22-28 et 90-100. Nous prétendons, *infra*, que les principes de notre droit permettraient à la Cour de dériver de ce «policy» légitime une norme de compensation.

incendiée à cette fin. Après l'incendie, V poursuit la municipalité pour la valeur des biens détruits.³⁷

2. Un groupe de voyageurs (V, Y, Z et le capitaine) est en difficulté. Le navire à bord duquel ils se trouvent va couler s'il n'est pas allégé rapidement. Ce navire ne porte que les quatre personnes et les effets personnels des trois premières. Le capitaine décide (son processus décisionnel est-il important ?) de jeter par-dessus bord les bagages de V. Tous les passagers et les autres bagages sont sauvés. Les effets appartenant à V valaient 100 \$, alors que ceux de Y valaient 200 \$ et ceux de Z 300 \$. V poursuit Y³⁸ pour 33 \$ et Z pour 50 \$.³⁹

3. Une propagation du *phyloxéra* menace tous les vignobles d'une région. Un propriétaire, V, extirpe sa vigne pour stopper la maladie. V poursuit les autres propriétaires qui ont tiré un bénéfice de son sacrifice.⁴⁰

4. Un fournisseur public d'hydro-électricité décide d'ériger un nouveau barrage sur une rivière pour desservir une communauté. Ce barrage inondera une vallée dont la beauté était la raison d'être d'un nouvel hôtel avoisinant, en voie de construction. En raison du projet, le propriétaire doit interrompre la construction de l'hôtel, devenu non-rentable. Ce propriétaire poursuit la communauté en compensation de l'argent perdu.⁴¹

5. Un conseil de ville décide de remettre à neuf certaines rues, afin de les rendre plus attrayantes pour les citadins et les touristes. Les travaux prennent un certain temps et, pendant cette période, le propriétaire d'un commerce riverain perd une bonne partie de sa clientèle. Il doit éventuellement fermer boutique, faute d'entrée de fonds, et poursuit la municipalité en compensation.⁴²

³⁷Voir *Cité de Québec c. Mahoney* (1901), 10 B.R. 378; et *Mayor of New York c. Lord*, 18 Wend. 126 (N.Y. Sup. Ct 1837).

³⁸Voir art. 2450 C.c.B.-C.; et l'art. 1043 du Code civil général autrichien [ci-après A.B.G.B.], dont il sera question *infra*, note 168. Il s'agit d'applications *De lege Rhodia jactu*: Pandectes de Justinien, 14.2. Pour des commentaires d'ordre historique de cette règle, voir J.F. Donaldson, C.T. Ellis et C.S. Staughton, *The Law of General Average*, constituant t. 7 de B. Hewson, R.P. Colinvax et K.C. McGuffie, éd., *British Shipping Laws*, London, Stevens & Sons, 1964 à la p. 3 et s.; et G. Ripert, *Droit maritime*, 4e éd., Paris, Rousseau, 1953 à la p. 183 et s.

³⁹La méthode de calcul du montant réclamé est simple. V poursuivra Y pour un montant correspondant à [(200/600) x 100]; V poursuivra Z pour un montant correspondant à [(300/600) x 100]. V supportera lui-même un montant correspondant à [(100/600) x 100].

⁴⁰Litige autrichien cité par M. Mosiou, *De l'enrichissement injuste: Étude de droit comparé*, Paris, Duchemin, 1932 à la p. 104.

⁴¹Cons. d'Ét., 23 décembre 1970, *Électricité de France*, D.1971.Jur.383.

⁴²*Ville de Montréal c. Robidoux* (1979), [1979] C.A. 86.

Dans chacun de ces cas, l'on se trouve en présence de «biens publics imparfaits», au sens économique de ce terme.

1. La notion de «bien public»

En termes simples, un bien public est une mesure qui procure de l'utilité à chacun des membres d'un groupe.⁴³ Qui plus est, et à la différence des biens privés,⁴⁴ il n'est pas aisé d'exclure un membre du groupe des bénéficiaires de la mesure.⁴⁵ Précisément, en vertu de cette qualité de bien public, aucun membre du groupe ne procédera unilatéralement et commercialement à fournir ce service. D'une part, il ne pourrait pas exclure le citoyen qui ne serait pas prêt à le payer; d'autre part, même les citoyens qui valorisent beaucoup le service seront portés, si on leur demandait un paiement volontaire, à sous-évaluer publiquement le bien proposé dans l'espoir d'en bénéficier en se le faisant payer par les autres.⁴⁶ L'une des principales fonctions de l'État, du point de vue de l'économie néo-classique, est de fournir les biens publics. Ayant le monopole légal de la coercition, l'État l'utilisera si nécessaire pour faire payer le bien public par ses consommateurs, évitant par là l'échec du marché provoqué par le caractère public du bien.⁴⁷

Dans *Lapierre*, comme dans bien d'autres cas d'action gouvernementale,⁴⁸ le bien public consiste à transformer un «risque privé» (c'est-à-dire un risque d'origine naturelle, localisé, qui peut être contrôlé par un individu) en un «risque public» (c'est-à-dire une menace à la santé qui est diffusée

⁴³Pour un traitement détaillé et accessible de ce sujet, voir A.A. Alchian et W.R. Allen, *Exchange and Production: Competition, Coordination and Control*, 2e éd., Belmont, Calif., Wadsworth, 1977 à la p. 122 et s. Tout bon texte micro-économique traitera du problème des biens publics.

⁴⁴Je peux vous empêcher légalement d'«utiliser» mon hamburger ou ma maison, si vous ne les payez pas.

⁴⁵Ainsi, la défense nationale et les services de police sont des biens publics (quasi-) parfaits; tous les habitants du territoire bénéficient des services qu'ils nous procurent.

⁴⁶Il s'agit du phénomène du *free rider*, ou du «passager clandestin», pour reprendre le terme de P. Lemieux, *Du libéralisme à l'anarcho-capitalisme*, Paris, Presses universitaires de France, 1983.

⁴⁷Même si nous nous occupons principalement à démontrer le caractère de bien public des programmes de vaccination massive, il faut mentionner que les cinq exemples ci-dessus illustrent eux aussi des biens publics. Ainsi, dans les cas de la maison incendiée et de la vigne extirpée, la protection du voisinage profite à tous, et chacun est porté à sous-évaluer *publiquement* son bénéfice personnel. Dans le cas du navire en difficulté, des négociations privées en vue de l'organisation de l'allègement ne réussiraient peut-être pas, à cause précisément de la tentation de profiter gratuitement du sacrifice d'autrui. Les cas du barrage et de la construction municipale sont des exemples où de nombreux citoyens auraient pu déclarer ne pas vouloir payer ces nouvelles capacités hydro-électriques ou ces nouvelles commodités routières, dans l'espoir qu'elles leur soient offertes par leurs voisins.

⁴⁸Voir C. Whipple, «Redistributing Risk» (mai 1985) 9 Regulation 37.

largement, et au-delà du contrôle, voire de l'intelligence de l'individu).⁴⁹ Ici le risque public est moindre que la somme des risques privés avant l'intervention étatique; la mesure est donc opportune.

L'opportunité d'une politique de vaccination ne devrait pas obscurcir son caractère de bien public. Il est en effet extrêmement important de comprendre qu'en matière de maladie contagieuse, la vaccination procure un bénéfice non seulement à la personne vaccinée («je n'aurai plus de rougeole») mais aussi aux autres membres de la collectivité («voilà une personne de moins pour me transmettre la rougeole»). En épidémiologie, ce phénomène s'appelle «l'effet du troupeau»,⁵⁰ et son influence sur l'incitation de se faire vacciner peut être importante. Ainsi, si presque tous sont vaccinés contre une maladie transmissible, je bénéficie de l'immunisation sociale procurée par cette vaccination massive *sans me faire vacciner*. Si je me fais vacciner quand même, je ne diminue guère mes chances d'attraper cette maladie naturellement, mais j'encours le risque d'avoir une réaction adverse au vaccin. Dans ces circonstances, le risque marginal de se soumettre au vaccin surpasse parfois le risque de tomber malade naturellement sans vaccin. Ainsi, il a été rapporté que le vaccin anti-poliomyélite a presque éliminé cette maladie au Canada: de 10 000 cas naturels dans les années 50, le nombre de victimes est passé à moins de 50 dans les années 70.⁵¹ La plupart de ces dernières victimes furent probablement paralysées par le vaccin lui-même.⁵² Il faut réaliser que pour le consommateur marginal du vaccin dans de telles conditions, l'administration du vaccin accroît les risques de maladie. Voilà précisément l'incitation perverse typique des biens publics: il est à l'avantage de chacun d'être *free rider* et de ne pas se faire vacciner. Mais ce geste rationnel, répété par d'autres (tout aussi rationnellement), détruit l'immunisation sociale. Ces conséquences néfastes s'apparentent à celles du fameux «dilemme du prisonnier».⁵³ C'est dans ces circonstances que la

⁴⁹Cette terminologie est empruntée de Huber, *supra*, note 30 aux pp. 277-78. Il s'agit vraiment d'un *continuum* de risques plus ou moins privés ou publics. À titre d'illustration, le risque des excès de table serait près de l'extrémité privée de ce *continuum*, le risque d'une guerre nucléaire près de l'extrémité publique.

⁵⁰En anglais: *herd effect*. Voir M.A. Franklin et J.E. Mais Jr, «Tort Law and Mass Immunization Programs: Lessons From the Polio and Flu Episodes» (1977) 65 Calif. L. Rev. 754 à la p. 767 n. 54.

⁵¹W.K. McIntosh, «Liability and Compensation Aspects of Immunization Injury: A Call for Reform» (1980) 4 Osgoode Hall L.J. 584 à la p. 585.

⁵²La même constatation a été faite aux États-Unis: voir Franklin et Mais, *supra*, note 50 à la p. 768 n. 55.

⁵³Le dilemme du prisonnier est un jeu hypothétique illustrant les cas où un processus de choix individuels produit une allocation de ressources qui est absolument rejetée par chaque individu, et ce malgré la rationalité de tous les participants. Pour des discussions accessibles de ce concept, voir R.D. Luce et H. Raiffa, *Games and Decisions*, New York, John Wiley & Sons, 1957 à la p. 94 et s.; aussi A. Rapoport et A.M. Chammah, *Prisoner's Dilemma*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1965.

Cour suprême américaine a confirmé la constitutionnalité, voire la légitimité philosophique dans une société libérale, de programmes obligatoires de vaccination,⁵⁴ et ce malgré l'intégrité physique ainsi violée.⁵⁵

Dans le cas de la vaccination, comme pour les cinq exemples ci-dessus, l'intervention de l'État est donc socialement utile *et* philosophiquement justifiée.⁵⁶

2. Les biens publics imparfaits: Un appel économique à la compensation

À la différence du cas des biens publics purs où l'on s'attend à ce que tous en sortent gagnants,⁵⁷ l'intervention publique dans *Lapierre* n'a pas la puissance morale des décisions qui sont d'une efficacité parétienne *ex ante*.⁵⁸ En effet, les administrateurs du programme *savent* (ou s'y attendent, statistiquement) qu'il y aura des perdants (dans le cas des vaccinations, des réactions adverses; *mutatis mutandis* pour les autres exemples). Dans certains des exemples (le navire, le vignoble, la maison) le perdant était choisi à

⁵⁴*Jacobson c. Massachusetts*, 197 U.S. 11 à la p. 31 (1905).

⁵⁵Il faut ajouter que le *right of privacy* n'était pas explicitement protégé en 1905, mais est un produit du droit constitutionnel moderne. Voir, notamment, *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) [ci-après *Griswold*]. Ce droit ne paraît pas faire obstacle aux programmes obligatoires de vaccination. Même depuis *Griswold*, la vaccination obligatoire a été maintenue à plusieurs reprises par des cours inférieures, la Cour suprême refusant d'en entendre les appels. Voir, par exemple, *Re Maria R.*, 366 N.Y.S.2d 309 (N.Y. Fam. Ct 1975).

⁵⁶Le capitaine représente évidemment l'État dans l'exemple maritime.

⁵⁷Dans le cas d'un bien public pur, tout le monde bénéficie, du moins en théorie, de l'acte gouvernemental (*tous* jouissent de la protection militaire ou policière accrue, etc.); personne ne subit un coût net de cet acte. Voir *supra*, note 45.

⁵⁸Un geste est parétien (ou Paréto-supérieur: le concept vient de l'économiste italo-suisse, Vilfrédo Paréto, 1848-1923) s'il améliore l'état d'au moins un acteur (selon son propre calcul) sans que le bien-être d'aucun autre acteur ne s'en trouve diminué en contrepartie. Notez bien que l'utilité est toujours subjectivement définie. Ainsi, les contrats sont éminemment parétiens si l'on fait abstraction des effets possibles sur les tiers: les co-contractants sains d'esprit ne consentiront qu'à des mesures qui ne leur nuiront pas *ex ante*. La force morale du concept parétien provient à la fois de sa subjectivité et de son respect de l'Impératif Catégorique kantien: il n'y a pas de paternalisme; chacun décide de ce qui est mieux pour lui et aucun acteur n'est traité comme un simple moyen pour accroître l'utilité du groupe.

Un dernier avantage du concept parétien provient de ce qu'il se contente d'une direction *ordinal*, et ne requiert aucune mesure *cardinale* d'utilité. En effet, si l'un des acteurs perdait *ex ante* alors qu'un autre profitait d'une même transaction, il faudrait une mesure d'utilité inter-personnelle pour déterminer si ladite transaction a eu un effet positif net. Or, aucune mesure d'utilité inter-personnelle n'a jamais été trouvée. Voir à ce dernier sujet A.K. Sen, *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco et Edinburgh, Holden-Day et Oliver & Boyd, 1970, c. 9. Le concept parétien n'a pas besoin d'une telle mesure puisque tous gagnent *ex ante*. Ceci est notamment le cas pour les biens publics purs: voir *ibid.* Nous savons que le calcul social ne peut donc qu'être positif.

l'avance ; dans d'autres (la vaccination), aucune victime n'était sélectionnée délibérément, mais l'existence de victimes était probable.⁵⁹

Le programme de vaccination massive, à la différence d'un bien public pur, n'est donc pas parétien : pour acquérir sa force morale, il semble nécessaire de le rendre parétien en compensant les perdants.⁶⁰

3. Le «potentiel parétien» du programme: Rejeté comme motif de non-compensation

Si la vaccination massive n'est pas strictement parétienne, elle est toutefois *potentiellement parétienne*, suivant la formulation maintenant classique de Nicholas Kaldor⁶¹ et de John Hicks.⁶² Le concept du potentiel parétien visait à répondre aux critiques du *welfare economics* qui soulignaient que le grand nombre de personnes affectées rend presque impossible un programme social véritablement parétien. L'existence de quelques perdants, d'ajouter ces critiques, ne devrait pas invalider un programme, sinon l'action étatique serait pratiquement toujours exclue. Répondant à ces critiques, la formulation de Kaldor et Hicks veut qu'un programme soit efficient si les gagnants pouvaient théoriquement compenser intégralement les perdants sans perdre tout leur gain. Cette «efficience Kaldor-Hicks» ne requiert pas

⁵⁹Notez que des exemples auraient pu être formulés pour qu'il en soit différemment. Ainsi, le capitaine du navire aurait pu fermer les yeux avant de jeter une valise par-dessus bord, ne sachant pas à l'avance à quel passager elle appartenait . . .

⁶⁰Une importante précision est de mise ici. Si un programme de vaccination n'est pas obligatoire, chaque administration du vaccin sera le résultat d'un contrat entre l'État et la personne vaccinée (ou son parent ou tuteur). Ce contrat sera parétien, *ex ante*, en ce que les deux parties prévoient «gagner». En effet, pour la personne vaccinée, la valeur attendue de sa participation au programme sera supérieure à la perte statistiquement anticipée, autrement il n'y aura pas de vaccination volontaire: voir *supra*, note 58 et le texte correspondant. Rappelons que Mme Lapierre avait admis qu'elle aurait choisi de faire vacciner ses filles, même si elle avait été mise au courant des risques: voir *supra*, note 17.

Nous ne disputons point le caractère parétien de chaque *contrat*, car nos propos visent le *programme*. Les effets de la connaissance statistique diffèrent selon qu'ils s'appliquent à la décision d'instaurer un programme plutôt qu'au contrat individuel. En vaccinant un grand nombre de personnes, des pertes individuelles sont attendues d'avance. Ainsi, le programme résultera (même *ex ante*) en des pertes individuelles. Si chaque contrat est parétien, le programme ne le sera pas. Nous remercions M. le professeur Frank Buckley de nous avoir amené à expliciter cette nuance.

⁶¹N. Kaldor, «Welfare Propositions of Economics and Inter-Personal Comparisons of Utility» (1939) 49 *Econ. J.* 549.

⁶²J.R. Hicks, «The Foundations of Welfare Economics» (1939) 49 *Econ. J.* 696.

qu'une compensation soit effectivement versée; il suffit qu'elle puisse être versée dans un monde sans coûts de transaction.⁶³

Or, dans le cas de programmes de vaccination massive, tout comme dans les cinq exemples ci-dessus, il est intuitivement plausible, quoique parfois non-prouvable, que les gains procurés dépassent de beaucoup les pertes causées.⁶⁴ Ainsi, les voisins dont les maisons avaient été sauvées pourraient, en l'absence de coûts de transaction, se cotiser (ou être coercitivement cotisés par un tribunal, éliminant par là le problème du passager clandestin déjà esquissé) pour dédommager la victime du feu préventif. Les autres passagers pourraient de la même manière payer des quote-parts de la valeur des bagages perdus. La communauté pourrait payer l'hôtelier ou le commerçant, et les vigneron leur voisin, sans pour autant que ces gagnants perdent tout le bénéfice échu.⁶⁵ S'il en était autrement (c'est-à-dire si les perdants avaient perdu plus que les gagnants n'ont gagné), c'est que le geste du gouvernement aurait provoqué plus de dommages que de bien. Comme nous l'avons vu, il y aurait alors lieu de croire que la promotion du programme de vaccination constituait elle-même un délit.⁶⁶

⁶³Pour un argument (basé sur le paradigme de Coase) appuyant l'absence d'exigence d'une compensation réelle, voir J.L. Coleman, «Efficiency, Utility, and Wealth Maximization» (1980) 8 Hofstra L. Rev. 509. Pour une critique, voir C.E. Baker, «Starting Points in Economic Analysis of Law» (1981) 8 Hofstra L. Rev. 939.

⁶⁴L'impossibilité de la preuve est due à l'absence d'une mesure cardinale d'utilité interpersonnelle. Voir *supra*, note 60. Notez toutefois que dans les cas où la victime du geste d'enrichissement aurait de toute manière été la victime du risque naturel (par exemple, la maison incendiée aurait quand même péri dans les flammes), nous pouvons prouver la supériorité du programme sans posséder cette mesure cardinale. Dans ces derniers cas, en effet, le dommage subi par la victime est par hypothèse le même, quelle qu'en soit sa mesure.

⁶⁵Le lecteur aura remarqué que la notion d'efficacité parétienne vise l'utilité des gagnants et des perdants: avec Kaldor-Hicks et les cinq exemples, l'argent a été subtilement substitué comme mesure d'utilité. Cette utilisation de l'argent comme mesure inter-personnelle d'utilité, quoique courante, n'est tout simplement pas légitime, car un dollar ne procure pas la même utilité à tous. Voir *supra*, note 58. C'est pour cette raison que nous avons évoqué des cas impliquant une certitude intuitive que l'action a procuré un gain net, par exemple, parce qu'il y a beaucoup de gagnants et un seul perdant, ou parce que le gain des gagnants correspond précisément et symétriquement à la perte subie par les perdants (exemples du feu, du vignoble, du vaccin).

Au pire, le délaissement de la notion d'efficacité parétienne et l'adoption de l'efficacité Kaldor-Hicks correspondent à une modification des bases philosophiques qui sous-tendent l'analyse, de l'utilitarisme ordinal à la maximisation de la richesse pécuniaire. Ce problème important ne peut faire l'objet d'un traitement détaillé ici, mais il est discuté dans M. Krauss, «Good as Gold?» — An Overview of Economic Jurisprudence, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 1983 [non-publié, déposé à la Revue de droit de McGill et à la bibliothèque de la Faculté de droit, Université de Sherbrooke]. L'auteur y conclut que «l'efficacité Kaldor-Hicks» ne peut être justifiée moralement. Voilà évidemment une raison de plus de tendre vers une véritable supériorité parétienne, quand les coûts de la compensation ne sont pas trop élevés.

⁶⁶Voir *supra*, note 33 et le texte correspondant.

Un autre commentaire concernant l'efficience Kaldor-Hicks s'impose. Nous avons noté que les actes collectifs produisent généralement des gagnants et des perdants; sauf pour ce qui est des biens publics purs, aucun programme étatique ne serait parétien.⁶⁷ Or, les perdants ne s'adressent pas toujours aux tribunaux pour être compensés après l'adoption de chaque politique sociale. La notion d'efficience Kaldor-Hicks ne permet d'éviter la nécessité d'une compensation que lorsque les coûts de transaction sont élevés.⁶⁸

4. La « supériorité quasi-parétienne » rejetée comme motif de non-compensation

Il est possible de pousser l'analyse plus loin et de se demander si un dédommagement serait inopportun même en l'absence de coûts de transaction élevés.⁶⁹ La question pertinente est en effet la suivante: si l'on opte pour le dédommagement dans *Lapierre* et dans les cinq autres cas, la cohérence oblige-t-elle à donner un droit d'action à chaque perdant en vertu de chaque politique étatique légitimement adoptée? Si oui, alors la compensation de *Lapierre* serait contre-indiquée.

Les intéressants travaux de Mitchell Polinsky, de l'Université Stanford nous permettent de répondre à cette question par la négative.⁷⁰ Adaptant

⁶⁷Voir *supra*, note 63 et le texte correspondant.

⁶⁸Le versement de cette compensation pourrait être exclu, par exemple, par des difficultés dans la découverte de l'identité des perdants, ou dans l'évaluation des dommages subis, qui rendraient le dédommagement trop onéreux. Symboliquement, si α représente la perte intégrale subie, β les coûts impliqués dans le versement d'un dédommagement intégral aux perdants, et f le bénéfice procuré aux gagnants par un programme, il est possible que:

$$\alpha + \beta > f$$

Avec compensation, ce programme ne procure donc pas une utilité nette. Ceci ne rend pas le programme inefficent suivant la formulation Kaldor-Hicks, toutefois, car il suffit que:

$$\alpha < f$$

Alors, en s'abstenant de compenser, on aura épargné les frais (β), et la société aura gagné plus que ce qu'elle aura perdu. Si, par contre, $\beta=0$ ou est minime, l'argument de Kaldor-Hicks contre l'indemnisation réelle perd tout son intérêt. En effet, dans de tels cas, même en compensant la victime le programme demeure utile, et il a par surcroît l'avantage considérable d'être alors parétien.

Or, nous verrons que les coûts administratifs de compensation dans les cas tels que *Lapierre* sont loin d'être élevés. Voir *infra*, note 69. Donc, le potentiel parétien ne justifierait point la non-compensation dans ce cas, à supposer même que ses problèmes méthodologiques soient surmontés.

⁶⁹Dans *Lapierre*, comme dans les cinq exemples, les coûts administratifs d'un dédommagement ne sont pas importants. Dans chacun de ces cas, il est relativement facile d'identifier les rares victimes du geste d'enrichissement collectif et l'étendue monétaire des dommages subis.

⁷⁰A.M. Polinsky, «Probabilistic Compensation Criteria» (1972) 86 Q.J. Econ. 407.

pour ses fins les contributions de Kaldor,⁷¹ de Hicks,⁷² de Tibor Scitovszky⁷³ et de Harvey Leibenstein,⁷⁴ Polinsky a développé la notion de «supériorité quasi-parétienne» ou «Long-run Pareto Superiority». Cette notion part du concept d'un «faisceau de politiques» («web of policies»). Selon ce concept, et sous la réserve expresse qu'aucune politique n'occasionne une perte catastrophique pour quiconque,⁷⁵ une politique donnée peut produire plusieurs gagnants et quelques perdants. Mais, avec le temps, le faisceau de politiques produira différents groupes de gagnants et de perdants et ces groupes se chevaucheront tous. De la sorte, il est loisible de s'abstenir de compenser les individus après chaque politique qui leur nuit, même si les coûts administratifs d'une telle compensation étaient peu élevés. Ces coûts seront quand même non-négligeables, et de toute manière, les victimes pourront s'attendre (statistiquement) à être gagnantes (ou, du moins, à ne pas être perdantes) au bout du compte.

La réserve est essentielle pour Polinsky, car une perte catastrophique pourrait être d'une importance telle qu'une personne ne puisse plus participer efficacement au processus politique, et ainsi ne pourrait pas neutraliser ses pertes dans l'avenir.⁷⁶ Or, dans nos exemples et dans *Lapierre*, les victimes ont toutes subi de telles pertes catastrophiques.⁷⁷ La notion de supériorité quasi-parétienne ne justifie donc pas un refus de les compenser.

5. Conclusion

En résumé, il a été postulé que la problématique dans *Lapierre* ne se distingue guère, du point de vue économique, de celle posée dans d'autres cas de fourniture de biens publics. Dans ces cas, l'existence du bien public justifie le geste de l'État, et l'enrichissement collectif net qu'il procure le confirme. Malheureusement, certains biens publics imparfaits laissent des

⁷¹*Supra*, note 61.

⁷²J.R. Hicks, «The Valuation of the Social Income» (1940) 7 *Economica* (N.S.) 105.

⁷³T. Scitovszky, «A Note on Welfare Propositions in Economics» (1941) 9 *Rev. Econ. Stud.* 77.

⁷⁴H. Leibenstein, «Long-Run Welfare Criteria» dans J. Margolis, éd., *The Public Economy of Urban Communities*, Washington, Resources for the Future, 1965, 39.

⁷⁵Polinsky, *supra*, note 70 à la p. 414 n. 6.

⁷⁶Il est permis d'imaginer que bien des doctrines judiciaires ont à leur base une réflexion (inconsciente) semblable: voir, par exemple, l'imposition d'une obligation de supporter les inconvénients normaux de voisinage qui ne s'étend pas aux troubles exceptionnels. Le lecteur au courant de la doctrine américaine en responsabilité civile aura remarqué qu'il s'agit ici d'une application particulière de la notion de réciprocité. Voir à ce sujet G.P. Fletcher, «Fairness and Utility in Tort Theory» (1972) 85 *Harv. L. Rev.* 537.

⁷⁷Dans le cas maritime, la perte de 100 \$ ne paraît pas énorme. Toutefois, si la «société» en question est réduite à celle se trouvant à bord, il s'agit de la perte de tous les biens patrimoniaux de la victime . . .

perdants, même *ex ante*: ces pertes priveraient l'acte étatique de son caractère parétien, si une compensation n'intervenait pas. Puisque d'importants coûts de transaction ne sont pas impliqués dans ce genre de cas, la confirmation du caractère opportun de l'action collective exige l'atteinte réelle (et non pas simplement potentielle) de l'efficience parétienne. Il n'y a donc aucune raison de se contenter ici de la problématique (philosophiquement) efficience Kaldor-Hicks. Or, l'efficience parétienne requiert la compensation réelle des perdants.

Enfin, le concept de «supériorité quasi-parétienne» autorise effectivement de passer outre à la compensation dans plusieurs cas d'action collective: mais dans les cas tels *Lapierre* l'ampleur de la perte subie exclut son application.

III. *Lapierre* et le droit civil: Vers une théorie économique du quasi-contrat

Dans chacun des exemples que nous avons tirés du droit québécois et du droit étranger, la responsabilité extra-contractuelle des gagnants (ou de leur représentant, la collectivité appropriée) de dédommager le perdant a été retenue.⁷⁸ Les justifications ponctuelles de chaque jugement ont varié selon l'espèce: on a parfois invoqué l'article 407 du *Code civil*⁷⁹ ou son pendant américain,⁸⁰ parfois la théorie du «jet à la mer» incorporée à notre *Code civil* parfois, encore, une notion jurisprudentielle d'égalité des citoyens devant les charges publiques.⁸¹ Cette variété de justifications ne devrait pas voiler la similitude essentielle entre ces cas et *Lapierre*. Nous avons tenté de la démontrer plus haut; il s'ensuit que tout traitement juridique inégal serait incohérent.⁸²

Quels que soient les motifs de droit invoqués à l'appui de ces jugements, ils illustrent un dilemme commun à tout système juridique: comment (et dans quels cas) imposer une obligation à quelqu'un qui n'y a pas consenti

⁷⁸Voir *supra*, notes 37-42 et le texte correspondant.

⁷⁹Art. 407 *C.c.B.-C.*: «Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité.» Voir *Ville de Montréal c. Robidoux*, *supra*, note 42 aux pp. 87-88.

⁸⁰Il s'agit des derniers mots du Cinquième Amendement à la Constitution américaine: «nor shall private property be taken for public use, without just compensation.» Voir, à ce sujet, R.A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.

⁸¹*Supra*, note 41. Voir, à ce sujet, J.-P. Gilli, «La 'responsabilité d'équité' de la puissance publique» D.1971.Chron.125.

⁸²L'incohérence d'un système juridique est un signe important de son caractère épistémologiquement primitif. Voir Krauss, *supra*, note 9.

à l'avance et qui n'est pas non plus digne de reproches dans son comportement? Comment justifier la responsabilité civile sans la fonder sur une promesse (responsabilité contractuelle) ou une faute caractérisée (responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle)? Aucun système volontariste ne se limite dans les faits à ces deux sources de responsabilité.⁸³ Pourtant les théories générales des obligations de ces mêmes juridictions ne gravitent qu'autour de ces deux seuls chefs de justification, et sont manifestement mal à l'aise devant l'extension de la responsabilité civile à d'autres champs.⁸⁴

Dans la présente section, nous examinerons sommairement l'opportunité, à l'intérieur des paramètres du droit civil et à la lumière de l'analyse économique du droit, de conclure à la responsabilité des deux défendeurs dans *Lapierre*: d'une part, la compagnie pharmaceutique; d'autre part, le gouvernement du Québec.⁸⁵ Ce faisant, nous croyons jeter les bases d'une éventuelle théorie générale des obligations quasi-contractuelles dans une société volontariste.

A. La responsabilité de la défenderesse en garantie

Rappelons qu'il fut établi, dès la première instance, que la fabrication et la distribution du vaccin anti-rougeole avaient été effectuées «suivant les normes admises». Le juge Nadeau a aussitôt rejeté la demande en garantie. Ce traitement implique que seule une responsabilité délictuelle de la compagnie pharmaceutique pouvait être retenue, et que la mise en marché du produit dans les circonstances de *Lapierre* ne constituait pas un tel délit.

Or, il importe de noter que, sur le plan théorique, d'autres chefs de responsabilité sont possibles.

1. En premier lieu, la garantie légale contre les vices cachés crée une responsabilité contractuelle stricte qui ne peut être exclue par le manufacturier;⁸⁶ la violation de cette garantie donne un droit d'action direct

⁸³Pour une brève rescension, voir P. Birks et G. McLeod, «The Implied Contract Theory of Quasi-Contract: Civilian Opinion Current in the Century Before Blackstone» (1986) 6 Oxford J. Legal Stud. 46. Les jugements auxquels il est fait référence, *supra*, notes 37-42 et le texte correspondant, sont, nous le répétons, des illustrations de ce phénomène.

⁸⁴Voir, par exemple, J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 2e éd., Cowansville, Qué., Yvon Blais, 1983 aux pp. 38-39.

⁸⁵Encore, nous ne distinguons pas dans cette analyse le manufacturier américain de sa filiale, le distributeur canadien. Cette simplification vise la commodité: cette analyse ne serait en rien changée si les défenderesses en garantie étaient abordées séparément.

⁸⁶Art. 1522 et s. *C.c.B.-C.*

au consommateur.⁸⁷ Peut-on prétendre que la caractéristique inhérente à ce médicament de provoquer des réactions catastrophiques chez certains consommateurs (caractéristique que la défenderesse en garantie connaissait ou devait connaître,⁸⁸ mais qui n'était point apparente, et qui était effectivement ignorée par Mme Lapierre) soit assimilable à un vice caché ?

2. En second lieu, la défenderesse en garantie avait-elle l'obligation de faire en sorte que le consommateur du vaccin soit averti des risques d'une réaction adverse ?⁸⁹ Le cas échéant, l'absence d'avertissement à Mme Lapierre, constituait-elle un délit ?

La jurisprudence canadienne à ce sujet est limitée,⁹⁰ mais l'expérience américaine est intéressante. Ainsi, dans *Reyes*, il fut décidé que le risque de réaction adverse, s'il est réparti également dans la population, ne s'assimile pas à une «allergie» mais plutôt à un danger inhérent au médicament.⁹¹ Celui-ci devient alors, au sens de l'article 402A du *Restatement (Second) of Torts*, «unavoidably unsafe», et il incombe alors au fabricant

⁸⁷*Kravitz*, *supra*, note 3. Voir aussi *Genest c. D.E.B. Inc.* (10 janvier 1986), Québec 200-05-003133-829 (C.S.) où l'on donna une interprétation particulièrement large de cette partie du jugement dans *Kravitz*, l'étendant notamment au cas où il n'y a pas eu revente de l'objet manufacturé.

⁸⁸Voir la source scientifique citée, *supra*, note 16 et le texte correspondant. Évidemment, suite à *Kravitz*, la connaissance des vices cachés sera imputée au manufacturier professionnel, même en l'absence d'une connaissance réelle. Aux États-Unis, la Cour suprême du New Jersey a pris une position semblable sur ce point dans *Beshada c. Johns-Manville Products Corp.*, 447 A.2d 539 (1982) épousant ainsi l'opinion doctrinale du professeur W.P. Keeton, «Product Liability and the Meaning of Defect» (1973) 5 *St Mary's L.J.* 30.

⁸⁹Voir A. Bernardot et R.P. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 1980 à la p. 114 et s.

⁹⁰Voir McIntosh, *supra*, note 51 à la p. 590 et s.

⁹¹*Reyes*, *supra*, note 33 à la p. 1279. La Cour se devait d'écarter la possibilité d'une réaction allergique, car une jurisprudence constante excluait l'obligation du manufacturier d'avertir les consommateurs allergiques qu'ils pouvaient réagir au produit. En distinguant entre les réactions allergiques et les autres réactions adverses, la jurisprudence américaine a ainsi opté pour la thèse voulant que ce soit la personne souffrant d'une (véritable) allergie qui se trouve en meilleure position pour éviter les dommages, pourvu évidemment que la composition du produit qu'elle absorbe lui soit communiquée.

Lorsqu'au contraire toute la population court un risque de réagir à un produit, personne ne se croit «allergique». Dans ces circonstances, les consommateurs ne possèdent plus des informations supérieures leur permettant d'éviter à moindre coût la réaction adverse. C'est plutôt le manufacturier, de par ses facilités de recherche, qui peut découvrir à moindre coût les causes de ces réactions. Si on accepte que c'est la partie pouvant éviter le dommage au moindre coût qui doive le supporter, le raisonnement économique n'exige plus qu'on impose au consommateur le fardeau juridique d'éviter le dommage: voir G. Calabresi, «Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts» (1961) 70 *Yale L.J.* 499. Du point de vue économique la distinction de la Cour dans *Reyes* est donc sensée.

d'en avertir le consommateur. En l'absence d'un tel avertissement, le manufacturier sera responsable de tout dommage résultant d'une réaction négative.⁹² Ce concept se rapproche un peu de notre notion de vices cachés.⁹³

Une tendance distincte et importante, en jurisprudence américaine, vise à protéger la liberté de choix du consommateur en imputant une négligence au manufacturier qui n'informe pas les consommateurs d'un médicament des risques qu'il comporte, aussi minimes soient-ils. Plusieurs commentateurs voient ainsi dans l'article 402A une responsabilité essentiellement délictuelle.⁹⁴ Étant donné l'importance morale du choix individuel dans des cas impliquant l'intégrité physique, cette opinion voudrait que la fréquence statistique du risque n'affecte point cette obligation du manufacturier. Ainsi, dans *Sterling Drug, Inc. c. Cornish*,⁹⁵ le demandeur avait absorbé le médicament *Aralen* et avait perdu la vue. La Cour a rejeté la prétention de la défenderesse à l'effet que cette réaction adverse soit extrêmement rare, et a imposé la responsabilité uniquement en raison de l'absence d'avertissement. Dans *Reyes*, l'absence d'avertissement fut concluante quant à la responsabilité du fabricant, malgré le caractère infime des risques d'une réaction adverse.⁹⁶ Plusieurs autres jugements vont dans le même sens,⁹⁷ et il semble

⁹²Voir *Restatement (Second) of Torts* § 402A comment k (1965). L'art. 402A établit une responsabilité stricte du manufacturier lorsque des dommages surviennent après la vente de tout produit qui est «unreasonably dangerous». L'on voit que (dans des termes intelligibles pour un civiliste) la fabrication et la mise en marché d'un tel produit constitueraient elles-mêmes un délit. Le *comment k*, une annotation de l'article, traite spécifiquement des médicaments. Il indique qu'un produit peut être «unavoidably unsafe», sans pour autant attirer les foudres de l'art. 402A, s'il est socialement bénéfique: voir *supra*, note 32 et le texte correspondant au sujet du calcul du bénéfice social. Le *comment* ajoute que «[s]uch a product, properly prepared, and accompanied by proper directions and warning, is not defective, nor is it unreasonably dangerous.» [nos italiques]

⁹³Voir aussi les sources citées, *supra*, note 87.

⁹⁴Voir, à ce sujet, J.E. Britain, «Product Honesty is the Best Policy: A Comparison of Doctors' and Manufacturers' Duty to Disclose Drug Risks and the Importance of Consumer Expectations in Determining Product Defect» (1984) 79 Nw. U. L. Rev. 342 à la p. 379 et s.; aussi L. Green, «Strict Liability Under Sections 402A and 402B: A Decade of Litigation» (1976) 54 Tex. L. Rev. 1185 à la p. 1205 et s.

⁹⁵370 F.2d 82 (8th Cir. 1966). Ce jugement peut être utilement comparé à *Carmen c. Eli Lilly & Co.*, 32 N.E.2d 729 (Ind. App. 1941) où la compagnie pharmaceutique fut exonérée dans un cas de réaction adverse rare ayant causé un décès. La compagnie avait dans ce cas fait avertir le patient, et il fut jugé que celui-ci avait assumé le risque du vaccin. Évidemment, ce dernier jugement n'adresse pas la question de la responsabilité du gouvernement dans de tels cas: voir *infra*, section III.B.

⁹⁶Voir aussi *Davis*, *supra*, note 22; et W.P. Keeton, «Products Liability — Inadequacy of Information» (1970) 48 Tex. L. Rev. 398.

⁹⁷Voir, par exemple, *Givens c. Lederle*, 556 F.2d 1341 (5th Cir. 1977); *Love c. Wolf*, *supra*, note 33.

leur importer peu, en définitive, que le médicament ait été administré par un infirmier ou par un médecin.⁹⁸

Les jalons américains ont donc été posés pour la responsabilité du manufacturier du vaccin, en fonction du contrat de vente ou du délit, malgré l'absence de faute caractérisée et nonobstant l'approbation du vaccin par les autorités gouvernementales.⁹⁹ La question de l'opportunité d'étendre cette responsabilité au Québec se pose avec acuité.

Or, deux ordres de raison interviennent qui nous amènent à refuser cette jurisprudence américaine. Dans un premier temps, et d'un point de vue strictement positiviste, nous croyons qu'une telle jurisprudence pervertirait notre droit tant sur le plan contractuel que délictuel.

Quant au premier, assimiler une possibilité de réaction adverse à un vice caché, alors que le vaccin est pur et parfaitement fabriqué, opère une distortion importante de la notion de vice. Arborant une connotation objective, notre notion de vice réfère à une caractéristique physique du bien vendu plutôt qu'à un effet particulier que le produit provoque auprès d'un sujet du contrat.¹⁰⁰

Sur le plan délictuel, les objections sont tout aussi fondamentales. Le défaut d'avertir chaque consommateur du moindre risque du produit paraît, en effet, peu négligent. En effet, le rapport coût-bénéfice des programmes de vaccination signifie que l'avertissement ne devrait pas normalement affecter le choix du consommateur rationnel de se faire vacciner.¹⁰¹ Dans ces circonstances, tant la faute que le lien de causalité

⁹⁸Dans *Reyes, supra*, note 33 à la p. 1277, la Cour a semblé limiter l'obligation absolue du manufacturier de communiquer l'avertissement au consommateur aux cas où un infirmier administre le vaccin dans le cadre d'un programme de vaccination massive. Mais dans *Givens c. Lederle, ibid.* à la p. 1344, cette limitation a été effectivement ignorée.

⁹⁹Voir, par exemple, *Stevens c. Parke, Davis & Co.*, 507 P.2d 653, 107 Cal. Rptr 45 (S.C. 1973).

¹⁰⁰Voir, Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec: Projet de Code civil*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel, 1978, Livre cinquième, art. 102 qui parle d'un «vice de conception, de fabrication, de conservation ou de présentation» du bien vendu. Cet énoncé maintient le caractère objectif de la notion de vice caché.

¹⁰¹Voir *supra*, note 17 et le texte correspondant, où nous notons que ceci fut le cas dans *Lapierre*. Voir aussi, à cet effet, *Cunningham c. Pfizer & Co.*, 532 P.2d 1377 (Okla S.C. 1974). Évidemment, dans des cas extrêmes, un «dilemme du prisonnier» rendrait l'avertissement décisif, mais socialement nuisible: voir *supra*, note 25 et le texte correspondant. Là non plus, selon nous, il n'y a pas faute caractérisée.

Un commentaire additionnel s'impose à ce sujet. Il est en effet loin d'être sûr qu'un risque infime soit particulièrement intelligible pour le non-initié: R.A. Merrill, «Compensation for Prescription Drug Injuries» (1973) 59 Va L. Rev. 1 à la p. 93. D'ailleurs, un jugement législatif que les individus ne comprennent justement pas les risques explique partiellement l'existence d'ordonnances obligatoires (qui supposent l'incapacité du consommateur d'utiliser un médicament efficacement sans supervision professionnelle): voir Merrill, *supra*. Rappelons que dans *Lapierre, Reyes* et les autres arrêts, la compagnie pharmaceutique avait communiqué les risques aux professionnels impliqués.

avec des dommages sont très difficiles à déceler.¹⁰² Comme l'a souligné Peter Haanappel, il serait peu honnête, et théoriquement incorrect, de baser la responsabilité civile sur un prétendu délit, alors que faute et causalité manquent en l'espèce.¹⁰³ Puisque l'absence d'avertissement du risque minime n'aura pas eu de conséquence, un tel jugement de responsabilité délictuelle constituerait un détournement de l'article 1053 du *Code civil* d'un instrument de justice corrective en droit privé en un instrument de justice distributive relevant essentiellement du droit public.¹⁰⁴

Un deuxième ordre de raison de ne pas condamner la compagnie pharmaceutique provient de l'analyse économique du problème. Cette affirmation pourrait en étonner plusieurs, car l'analyse économique classique¹⁰⁵ enseigne qu'il vaut toujours mieux «intérioriser l'externalité»,¹⁰⁶ ou, dans notre contexte, faire payer le risque par celui qui le crée, soit — plaiderait-on dans *Lapierre* — Merck Sharpe et Dohme, le fabricant pharmaceutique. Or, outre les problèmes généraux de cette thèse,¹⁰⁷ elle s'avère particulièrement inapplicable à la compagnie pharmaceutique dans le cas présent.

Cela est facile à comprendre si on se rappelle que le risque public de réactions adverses causé par l'administration du vaccin répondait aux risques privés de tomber malade «naturellement» et visait d'ailleurs à en réduire

¹⁰²Même en supposant que le manque d'information soit négligent, il ne «cause» pas les dommages si le patient informé reçoit quand même le vaccin. Le traitement douteux de la notion de causalité par la jurisprudence américaine dans ce genre de cas est condamné par E. Kitch, «Vaccines and Product Liability» (mai 1985) 9 Regulation 11 à la p. 16 et s.

¹⁰³P.P.C. Haanappel, «Faute et risque dans le système québécois de la responsabilité civile extra-contractuelle» (1978) 24 R.D. McGill 635 à la p. 639.

¹⁰⁴L'utilisation de la terminologie aristotélicienne fait suite à l'excellent article de Fletcher, *supra*, note 76. Si la justice corrective vise le redressement d'un déséquilibre dans les relations entre deux personnes, la justice distributive concerne simplement le partage des richesses sociales (par exemple, en érigeant une personne en l'assureur d'une autre), sans égard à l'aspect moral du comportement des individus. Plusieurs qui reconnaissent que la tendance jurisprudentielle américaine détourne le droit de la responsabilité délictuelle de son but premier appuient quand même cette déviation. Voir, par exemple, D. Rosenberg, «The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System» (1984) 97 Harv. L. Rev. 851.

¹⁰⁵Voir, par exemple, A.C. Pigou, *The Economics of Welfare*, 4e éd., London, Macmillan, 1932; et G. Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970.

¹⁰⁶Voir toutefois R.H. Coase, «The Problem of Social Cost» (1960) 3 J.L. & Econ. 1 (mettant en cause le concept de causalité inhérent dans cet énoncé, et démontrant son inapplicabilité en cas de coûts de transaction peu élevés). Même si les coûts de transaction sont importants, prétend Coase, il importe de céder le droit à celui qui le valorise le plus, non pas à celui qui demeure passif.

¹⁰⁷Voir Coase, *ibid.* Ces faiblesses ne devraient pas masquer l'essence du message de Pigou: si un acteur absorbe tous les coûts occasionnés par son activité, ses actes privés seront également dans l'intérêt social.

l'envergure.¹⁰⁸ Or, la Nature — qui cause les risques privés — ne peut être obligée de les payer ... Il s'ensuit un problème classique, en sciences économiques, de «pis-aller» ou de «second choix».¹⁰⁹ Brièvement, il y a déjà trop de risques privés, du point de vue économique, car leur Créateur ne peut être obligé de les intérioriser en rendant compte. Si, dans cette situation imparfaite, la compagnie pharmaceutique qui, par son produit, crée des risques mais réduit le risque *total*, est obligée de dédommager les victimes de réactions adverses au vaccin qu'elle produit, il s'ensuivra un «échec du marché». Le bien naturel, pourtant moins attrayant mais déjà relativement moins cher que le vaccin, le sera encore moins. L'allocation finale sera biaisée en conséquence et trop peu de vaccins seront produits. L'ennui de l'intériorisation du risque d'un geste qui diminue un risque naturel total est qu'elle résulte en un retour partiel au *statu quo ante* où une plus grande quantité de risque fut produite et non-intériorisée.¹¹⁰

L'analyse économique prédit donc que la responsabilité civile des compagnies pharmaceutiques provoquerait une sous-production de vaccins, et éventuellement une diminution de la concurrence. Or, la crise en ce domaine aux États-Unis confirme précisément cette réflexion théorique. Sept des huit producteurs du vaccin anti-coqueluche ont abandonné la production, et le seul producteur qui reste a récemment (en bon monopoliste) doublé son prix de vente.¹¹¹ Il ne reste aux États-Unis qu'un seul producteur des vaccins utilisés contre la poliomyélite, la rougeole, et la rubéole.¹¹² Lederle Laboratories a augmenté le prix canadien d'une dose du vaccin *D.C.T.* de .11 \$ en 1982 à 11,40 \$ en mai 1986; cette majoration de 10 000 pour cent a constitué un fonds d'auto-assurance pour Lederle, qui n'a pu renouveler ses

¹⁰⁸Voir *supra*, note 50 et le texte correspondant.

¹⁰⁹En anglais: *problem of second best*. Voir, à ce sujet, R.G. Lipsey et K. Lancaster, «The General Theory of Second Best» (1956) 24 Rev. Econ. Stud. 11; et, pour une application juridique, J.A. Henderson Jr, «Extending the Boundaries of Strict Products Liability: Implications of the Theory of the Second Best» (1980) 128 U. Pa L. Rev. 1036. L'argument que nous élaborons ici a été très subtilement suggéré (dans deux phrases) par J.G. Fleming, «Drug Injury Compensation Plans» (1982) 30 Am. J. Comp. L. 297 à la p. 313.

¹¹⁰Le lecteur se demande, possiblement, si des polices d'assurance-responsabilité, souscrites par les compagnies pharmaceutiques, réduiraient l'effet pervers dont il est ici question. La réponse est négative, toujours à cause de la *theory of second best*. En effet, le coût de ces polices ne pourra pas être refilé aux consommateurs du produit vendu, car le bien naturel «concurrentiel» n'est pas obligé de supporter un semblable coût. Le bien naturel paraîtra donc moins cher, et plus attrayant, alors qu'il est en définitive producteur de plus de risques.

¹¹¹Voir J.L. Roberts, «Shortage of Vaccine for Whooping Cough Seen in Some States» *The Wall Street Journal* (27 juin 1984) 31; et S. Engelberg, «Maker of Vaccine Quits the Market» *The New York Times* (12 décembre 1984) A21.

¹¹²Voir McIntosh, *supra*, note 51 à la p. 606. Il est à noter qu'au Canada trois entreprises (dont l'Institut Armand-Frappier de Montréal) fabriquent tous les vaccins utilisés au pays.

polices d'assurances commerciale.¹¹³ Il y a de fortes chances que le vaccin anti-varicelle ne soit bientôt plus produit par qui que ce soit.¹¹⁴ Enfin, tristement célèbre aujourd'hui est l'affaire de la grippe porcine de 1976. Appréhendant une épidémie imminente de la grippe porcine, le gouvernement américain a instauré un programme obligatoire de vaccination des populations cibles (les jeunes et les personnes âgées). À sa grande surprise, aucune compagnie pharmaceutique ne s'offrit pour manufacturer le vaccin, à cause justement de la tendance jurisprudentielle de dédommager toute victime de réaction adverse. Finalement, dans une loi visant spécifiquement la vaccination contre la grippe porcine, le gouvernement a assumé la responsabilité pour toute réaction ne résultant pas d'une négligence,¹¹⁵ à cette condition seulement la production du vaccin devenait rentable.¹¹⁶ D'autres projets de loi, présentement à l'étude et recommandés depuis longtemps,¹¹⁷ étendraient ce régime à d'autres vaccinations.¹¹⁸

En résumé, le droit civil offre des débouchés théoriques pour la responsabilité de la défenderesse en garantie, responsabilité qui est largement retenue aux États-Unis. Toutefois, tant un examen doctrinal traditionnel que l'analyse économique du droit militent contre cette approche. Il faut donc approuver le rejet de l'action contre Merck Sharp et Dohme, et explorer la partie du jugement qui concerne le Procureur général du Québec.

B. La responsabilité du gouvernement du Québec

1. Analyse économique

L'analyse économique qui s'oppose à la condamnation de la défenderesse en garantie, ne dicte pas la même conclusion pour ce qui est du gouvernement.

¹¹³Voir A. Barnes, «Drug Firms Have Crisis in Liability» *The [Toronto] Globe and Mail* (7 juillet 1986) B1. Le vaccin *D.C.T.* protège les enfants contre la diphtérie, la coqueluche et le tétanos. Le même article souligne que l'Institut Armand-Frappier a également perdu ses assurances commerciales, et considère (au moment où ces lignes sont écrites) l'abandon de la production du vaccin. L'Institut fournit d'importantes quantités de vaccin à neuf provinces canadiennes.

¹¹⁴D. Wessel, «A Vaccine to Prevent Chicken Pox Is Near; Now, Will It Be Used?» *The Wall Street Journal* (16 janvier 1985) 1.

¹¹⁵Il est à noter que l'impurcté du vaccin (un «vice caché») est assimilable à une négligence au sens de cette loi.

¹¹⁶Voir *National Swine Flu Immunization Program of 1976*, Pub. L. No. 94-380, § 2, 90 Stat. 1113, 1114-15; et T.E. Baynes Jr, «Liability for Vaccine-Related Injuries: Public Health Considerations and Some Reflections on the Swine Flu Experience» (1977) 21 *St Louis U. L. Rev.* 44.

¹¹⁷Voir National Immunization Work Group, *Report and Recommendation on Liability*, Washington, Office of the Assistant Secretary for Health and Welfare, 1979.

¹¹⁸Voir Kitch, *supra*, note 102 à la p. 18.

D'une part, la responsabilité du gouvernement pour les réactions adverses n'entraîne pas la même distorsion des prix découlant du choix des consommateurs de recevoir ou non le vaccin.¹¹⁹ Le gouvernement ne rend pas le prix du risque naturel artificiellement moins élevé en payant les dommages (autres que ceux résultant d'une négligence) causés par le vaccin, car ces paiements n'affecteront pas la rentabilité de la fabrication du vaccin. Donc, si celui-ci réduit efficacement les risques, le consommateur choisira de se faire vacciner.

En deuxième lieu, la «publicisation» du risque qui est impliquée dans un programme public de vaccination crée elle-même des incitations perverses; nous avons vu qu'à la marge un individu peut diminuer ses risques personnels en refusant de se faire vacciner, même si la vaccination universelle maximiserait l'utilité du programme.¹²⁰ Justement, pour rectifier les motivations individuelles et ainsi réduire le risque de voir multiplier le nombre de «passagers clandestins», le gouvernement peut offrir à chacun de l'indemniser en cas de dommages résultant du vaccin, tout en le laissant sans une pareille aide s'il subit le même dommage naturellement. Nous tenons à répéter qu'une telle intervention se situe carrément dans le champ approprié de l'action gouvernementale d'un État volontariste,¹²¹ à cause de l'aspect de «bien public imparfait» des programmes de vaccination contre les maladies infectieuses.¹²²

¹¹⁹Pour une description de cette distorsion au niveau de la responsabilité des compagnies pharmaceutiques, voir *supra*, notes 109-111 et le texte correspondant.

¹²⁰*Supra*, note 53 et le texte correspondant.

¹²¹De plus, dans le cas d'un État interventionniste, la réduction des coûts gouvernementaux (par exemple, les frais médicaux épargnés) fournit évidemment une raison supplémentaire d'agir.

¹²²Évidemment, l'État peut aussi éliminer le problème des *free riders* en instaurant un programme obligatoire de vaccination. Voir *supra*, notes 46 et 54 et le texte correspondant. L'analyse économique fondamentale n'est pas radicalement différente ici. Pour ce qui est des malheureuses victimes, l'État les aura directement obligées à poser un geste qui leur porte préjudice, afin d'éliminer des problèmes de biens publics. Or, l'État procède déjà dans ce sens lorsqu'il exproprie: voir P. Munch, «An Economic Analysis of Eminent Domain» (1976) 84 J. Pol. Econ. 473; B.A. Ackerman, *Private Property and the Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1977, c. 6; Epstein, *supra*, note 80. Il en est de même lorsqu'il conscrit en temps de guerre: voir W.Y. Oi, «The Economic Cost of the Draft» dans American Economic Association, *Papers and Proceedings* (mai 1967) 57 Am. Econ. Rev. 39. Dans tous ces cas, l'État dédommage les victimes de ces actes (celles qui perdent leur propriété dans le premier cas, celles qui sont blessées ou tuées dans le deuxième). Ce paiement fait habituellement l'objet d'une obligation légale, sinon constitutionnelle. Voir *supra*, note 80 et le texte correspondant.

Comme dans bien des domaines, le raisonnement économique confirme ici le réflexe philosophique qui voudrait que les citoyens sacrifiés pour le bien social soient compensés par le groupement social ainsi enrichi. Nous verrons, *infra*, qu'il est possible de s'inspirer de cette réflexion pour justifier l'obligation de l'État en droit positif.

Enfin et par surcroît, dans le contexte de *second best* décrit ci-dessus la responsabilité du gouvernement deviendrait le seul moyen d'opérer une véritable intériorisation des coûts du programme de vaccination.¹²³ Le risque public, moindre que les risques privés naturels et non-compensables, profite plutôt à la collectivité qu'à chaque individu ou à une compagnie pharmaceutique. La responsabilité civile gouvernementale aboutit ainsi à la supériorité parétienne du programme de vaccination massive le public en général, et chaque citoyen non-victime de réactions adverses, y gagnent (les risques d'attraper la maladie sont réduits); les Merck Sharp et Dohme *et al.* feront des profits compétitifs sur la vente des vaccins; et les Davis, Reyes ou Lapierre de ce monde seront compensés pour leurs pertes.

2. Analyse du droit positif

Du point de vue économique, le gouvernement devrait dédommager Nathalie Lapierre et ses semblables, qui ont subi un dommage grave dans le cadre de l'administration d'un bien public.¹²⁴ Il reste à déterminer si le droit positif permet d'asseoir cette obligation, ou si (comme l'a affirmé la Cour suprême du Canada) une loi spéciale exorbitante de notre droit est nécessaire pour la créer. Or, nous croyons que notre droit ne requiert guère cet ajout pour le rendre conforme à l'équité.¹²⁵ Selon nous, l'obligation du

¹²³Même dans le cadre d'un programme obligatoire le dédommagement est économiquement fonctionnel, car il incite l'État à n'imposer de tels sacrifices personnels que dans le cas de véritables biens publics. Voir Calabresi, *supra*, note 91.

¹²⁴Huber, *supra*, note 30 aux pp. 293-94, conclut que la solution optimale consiste à faire supporter le risque par le consommateur du vaccin (qui ne serait alors pas dédommagé). Lorsque toutes les options sont considérées, celle de Huber est clairement sous-optimale. La lecture de son texte révèle clairement, toutefois, que Huber ne faisait que comparer sa solution à celle de la jurisprudence américaine contemporaine, qui retient la responsabilité de la compagnie pharmaceutique. Entre les deux branches de cette alternative, Huber a raison de choisir la première, pour les raisons que nous avons énumérées. Toute l'argumentation économique de Huber présume que seul le fabricant pourrait verser une compensation. L'analyse de Huber est donc économiquement correcte, mais incomplète.

¹²⁵La notion d'«équité» peut être entendue de deux façons, et il importe de préciser celle à laquelle référence est faite ici. Dans un premier temps, l'équité peut désigner un droit sans règles ou normes, qui façonne pour chaque litige une solution sur mesure, basée sur le désir global et irréductible du juge. Cette notion, qui rappelle le *Khadi*, justice primitive, dont traita longuement Max Weber (voir Krauss, *supra*, note 9), évoque l'antithèse du droit écrit, et choque à juste titre le civiliste épris du règne du droit. Toutefois, l'équité peut aussi désigner une norme de justice, issue des exigences de la conscience, voire du droit naturel. C'est ainsi que le terme fut utilisé par F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: Essai critique*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1919 à la p. 109 et s., qui vit l'équité comme une source de droit en France. De même, J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, 8e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1969 aux pp. 25-27, admit qu'un Code civil n'est pas intelligible s'il n'est pas interprété par un juge qui pense, en fonction de valeurs intrinsèques et implicites au Code: c'est l'équité. C'est dans ce sens que le terme est évoqué par nous, qui croyons fermement que l'équité est une source essentielle de droit civil.

gouvernement vis-à-vis des victimes des réactions adverses dans les programmes de vaccination universelle peut avoir une source quasi-contractuelle.

Pour étayer cette prétention, nous procéderons en deux temps. Premièrement, certains éléments du jugement de la Cour suprême sur les sources possibles de l'obligation du gouvernement seront repris.¹²⁶ Nous critiquerons cette partie du jugement de la Cour suprême, en formulant dans un deuxième temps une esquisse de théorie du quasi-contrat qui répondrait aux cas tels *Lapierre*.

a. Analyse du droit positif par la Cour suprême

La Cour commence cette partie de son jugement¹²⁷ en examinant les arrêts *Cité de Québec c. Mahoney*¹²⁸ et *Guardian Assurance Co. c. Town of Chicoutimi*,¹²⁹ où des propriétaires dont les biens étaient sacrifiés pour sauver une plus grande perte lors d'incendies furent dédommagés par la collectivité locale. Elle reconnaît que ces jugements avaient évoqué plusieurs sources différentes d'obligations (analogie avec l'expropriation, analogie avec le jet à la mer, etc.); mais elle n'y trouve pas de déclaration de principe pouvant, selon ses dires, «faire autorité» [*sic*].¹³⁰

La Cour note néanmoins qu'elle a elle-même admis, dans *Viger*, que l'exégèse du *Code civil* permet d'y trouver des bases d'obligations quasi-contractuelles, même si celles-ci n'y sont pas explicitement nommées. Elle cite notamment le juge Beetz, qui écrit dans *Viger*:¹³¹

¹²⁶Nous n'examinerons pas ici le jugement de la Cour supérieure. Celui-ci a été consacré à l'établissement d'une responsabilité légale basée sur l'état de nécessité et l'art. 1057 C.c.B.-C. Avec respect pour l'opinion contraire, nous croyons que cette prétention est mal fondée, et sommes d'accord avec les Cours d'appel et suprême pour la rejeter. Pour une critique sévère de ce seul aspect du jugement de la Cour supérieure, voir F. St-Pierre, *Lapierre c. Le Procureur général du Québec* ou Comment un vaccin contre la rougeole peut causer des migraines chez les avocats, travail soumis dans le cadre du programme de baccalauréat en droit, Université de Sherbrooke, 1982 [non publié, déposé à la Revue de droit de McGill et à la bibliothèque de la Faculté de droit, Université de Sherbrooke].

¹²⁷Rappelons que la Cour suprême a considéré d'autres arguments du demandeur, notamment ceux basés sur l'état de nécessité et la théorie des risques. Voir *supra*, notes 27-29 et le texte correspondant. Ici nous ne reprenons que cette partie du jugement où la Cour examine l'argument voulant que le geste d'enrichissement collectif impose intrinsèquement l'obligation de dédommager Nathalie Lapierre.

¹²⁸*Supra*, note 37.

¹²⁹(1915), 51 S.C.R. 562.

¹³⁰Voir *Lapierre* (C.S.C.), *supra*, note 6 aux pp. 249-50 pour la discussion de ces arrêts.

¹³¹*Supra*, note 4.

Le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés [explicitement] et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité.¹³²

La Cour passe alors en revue une série d'articles du *Code civil* qui établissent le principe qu'un sacrifice individuel dans le bien commun donne droit à un dédommagement. L'article 2450, relatif au jet à la mer, est rejeté comme non-généralisable, la règle qu'elle énonce étant «particulière au droit maritime». La Cour reconnaît quand même que plusieurs auteurs voient dans la règle du jet à la mer un exemple d'enrichissement sans cause, de gestion d'affaires, ou d'une société présumée.¹³³

Les articles 1994, 1996 et 2009 (relatifs aux dépenses faites par un créancier dans l'intérêt de tous les créanciers) sont écartés aussi, car le remboursement de ces dépenses ne se fait qu'à même la masse commune, sans que les co-créanciers n'en soient personnellement responsables.¹³⁴

Les articles 417, 1046, 1052, 1539, 1546, 1775, 1812, 1813 et 1973 sont également invoqués par le demandeur pour démontrer que les dépenses dans l'intérêt d'autrui sont remboursables, lorsqu'elles procurent un bénéfice.¹³⁵ La Cour écarte tous ces exemples sommairement:

[P]lutôt que d'être des applications particulières du principe énoncé par l'appelant, ces articles sont des applications particulières de la doctrine de l'enrichissement injustifié confirmé par l'arrêt [*Viger*].¹³⁶

La quatrième et dernière catégorie citée par l'appelant consistait en le seul article 407 (établissant un droit d'indemnisation pour celui qui est exproprié dans l'intérêt commun). La Cour croit qu'il s'agit tout simplement, là aussi, d'une application particulière de la doctrine de l'enrichissement

¹³²Lapierre (C.S.C.), *supra*, note 6 à la p. 251.

¹³³*Ibid.* à la p. 252 et s.

¹³⁴*Ibid.* aux pp. 255-56. Dans un jugement vulnérable (voir *infra*) ce commentaire de la Cour est particulièrement décevant. En effet, si le débiteur était complètement insolvable, c'est que la dépense du créancier *solvens* n'aurait justement pas aidé la masse des créanciers. S'il n'y a pas d'enrichissement, il n'a pas de remboursement! Ainsi, dans le cadre de l'art. 2450 C.c.B.-C., si malgré le jet à la mer le navire coule, la demande de paiement de quote-parts sera rejetée . . .

¹³⁵L'art. 417 traite du cas du possesseur qui a amélioré le terrain d'autrui; l'art. 1046 de la gestion d'affaires; l'art. 1052 du paiement de l'indû; l'art. 1539 des conséquences de la résolution d'une vente; l'art. 1546 du droit de réméré; l'art. 1775 des dépenses faites par un emprunteur dans l'intérêt du prêteur; les art. 1812-1813 des dépenses semblables faites par un dépositaire; l'art. 1973 du phénomène semblable en matière de gage.

¹³⁶Lapierre (C.S.C.), *supra*, note 6 à la p. 257. Si le lecteur trouve cette affirmation peu intelligible, qu'il se console! Manifestement, le principe de remboursement des dépenses faites dans l'intérêt d'autrui (ou dans l'intérêt commun) participe justement de la nature de l'action *de in rem verso*. Rejeter de nombreux exemples du principe parce qu'ils ne seraient que des illustrations du *de in rem verso* constitue certes un tour de force de logique. Voir aussi *infra*, note 140 et le texte correspondant.

injustifié. Elle conclut que l'appelant a échoué dans sa tentative d'extrapoler un principe des articles du *Code civil*.¹³⁷

En résumé, l'appelant a cité de nombreuses dispositions justifiant l'indemnisation des coûts encourus dans l'intérêt d'autrui (ou commun). La Cour admet cette méthodologie (éminemment civiliste) d'extraction exégétique de normes de droit: elle s'en était souvent servie,¹³⁸ et elle venait justement de l'invoquer pour confirmer l'existence de l'action *de in rem verso* au Québec.¹³⁹ La Cour affirme ensuite que la plupart des exemples cités relèvent justement de l'enrichissement injustifié; elle les rejette en conséquence, car ils ne seraient pas assez précis pour étayer la prétention du demandeur.

Symboliquement, l'argument du demandeur, et les réponses de la Cour s'analysent ainsi:

A. Plusieurs articles du *Code*, appliquant tous un même principe, peuvent servir à une généralisation de ce principe en notre droit.

R. Nous acceptons cette prémisse.

A. Plusieurs textes illustrent l'obligation de dédommager celui qui a subi des dommages dans l'intérêt d'autrui, ou dans l'intérêt commun.

R. Ces articles sont dans certains cas trop précis et non-généralisables. Dans d'autres cas les articles illustrent bien un principe général, mais il s'agit alors du principe de l'enrichissement injustifié. *Donc votre argument échoue.*

La conclusion de la Cour (en italiques) est un *non sequitur*. Écrire sommairement qu'un article du *Code civil* est trop précis pour être généralisé, après avoir affirmé que les articles précis peuvent être généralisés, relève de la circularité au mieux¹⁴⁰ et de la contradiction au pire. Invoquer *de in rem verso* pour réfuter l'argumentation du demandeur n'est guère mieux. L'inférence que le demandeur invoquait, en vérité, une créance quasi-contractuelle (de la nature d'un *de in rem verso*¹⁴¹), est en effet irrésistible.

¹³⁷Lapierre (C.S.C.), *ibid.*

¹³⁸Voir, par exemple, *Kert c. Winsberg* (1938), [1939] S.C.R. 28.

¹³⁹Voir *Viger, supra*, note 4.

¹⁴⁰Par exemple: Trop précis, donc non-généralisables; et non-généralisables parce que trop précis. Cette affirmation ne suffit pas. Qu'est-ce qui rend ces articles inutilisables par l'exégète?

¹⁴¹Le lecteur aura compris que nous partageons la thèse voulant que l'action *de in rem verso* soit quasi-contractuelle. Voir G. Challies, *The Doctrine of Unjustified Enrichment in the Law of the Province of Quebec*, Toronto, Carswell, 1940 à la p. 41 et s. Même les (rares) adversaires de cette thèse admettent qu'elle est très largement partagée: voir, par exemple, A. Morel, *L'évolution de la doctrine de l'enrichissement sans cause*, Montréal, Thémis, 1955 à la p. 63 et s. En fournissant une esquisse d'une théorie économique du quasi-contrat, nous pensons pouvoir confirmer accessoirement cette thèse classique.

b. *Analyse du droit positif en fonction d'une théorie économique du quasi-contrat*

L'une des fonctions les plus importantes de tout système de droit privé consiste à élaborer et à appliquer des principes de justice compensatoire, rectifiant les déséquilibres entre justiciables.¹⁴² Afin de nous aider à déterminer dans quelles circonstances une compensation devrait (ou ne devrait pas) être versée, une théorie normative des obligations est requise.¹⁴³

Or, si en droit contractuel, comme en droit délictuel, les fondements normatifs de la responsabilité ne sont guère difficiles à identifier,¹⁴⁴ ces champs juridiques s'avèrent insuffisants en pratique : tous les systèmes édictent des obligations en l'absence de promesse ou de négligence.¹⁴⁵ Le droit romain consacra une source d'obligations *quasi ex contractu*, qui visait précisément des actes licites (le caractère licite du geste étant partagé avec l'obligation *contractu*) qui faisaient naître des obligations indépendamment de tout échange de volontés (l'absence de consentement étant commune avec l'obligation *delictu*). Les textes donnaient cinq exemples de telles obligations,¹⁴⁶ il est presque unanimement admis que l'énumération romaine des quasi-contrats se voulait exemplative plutôt qu'exhaustive.¹⁴⁷

La lecture des oeuvres des rares Glossateurs et Post-glossateurs qui cherchaient activement une théorie pouvant expliquer l'existence des obligations quasi-contractuelles est révélatrice. Il n'est pas question de faire ici une étude complète de leurs écrits. Nous pouvons néanmoins affirmer que ceux qui se sont attardés à la question ont vu la source du quasi-contrat

¹⁴²Voir *supra*, note 103 et le texte correspondant.

¹⁴³Le besoin d'une théorie ne se fait pas sentir qu'en droit civil. Voir, par exemple, A.I. Ogus, «Do We Have a General Theory of Compensation?» (1984) 37 *Curr. Legal Probs* 29 pour d'intéressantes réflexions.

¹⁴⁴Il s'agit, bien sûr, des conséquences du principe de l'autonomie de la volonté (c'est-à-dire, du devoir moral de respecter sa parole donnée), d'une part; et du devoir moral de réparer les conséquences de sa négligence, d'autre part.

¹⁴⁵Birks et McLeod, *supra*, note 83.

¹⁴⁶Institutes de Justinien, 3.27.1-6; Digeste, 44.7.5. L'énumération (mais non le rôle) contemporaine de la notion de quasi-contrat est différente de celle de l'époque romaine. Certains quasi-contrats sous Justinien (l'obligation du tuteur, de l'héritier, par exemple) ont une autre source juridique dans les codes modernes. D'autres (par exemple, la répétition de l'indû) sont toujours des quasi-contrats aujourd'hui.

¹⁴⁷Voir Birks et McLeod, *supra*, note 83, pour une étude complète, et remarquable, de cette question.

dans un contrat implicite.¹⁴⁸ En voici quelques exemples (dans l'ordre chronologique):

Hugo Grotius (1625):

L'humanité a *convenu* (*humano generi placuit*) que si vous avez été enrichi par ma propriété, vous êtes responsable dans la mesure où vous avez été enrichi ...¹⁴⁹

Antonius Perezius (1634):

Dans cette collection de «Questions et Réponses» qui suit l'organisation des Instituts, Perezius affirme que la base du quasi-contrat, depuis l'époque romaine, est le consentement présumé mais fictif. Dans un quasi-contrat, écrit-il, une partie fait un acte consensuel, et le consentement de l'autre «partie» est présumé:

*alter vero iuris tantum interpretatione, eiusque consensum supplet ipsum ius.*¹⁵⁰

Ulricus Huber (1678-90):

[E]ven if there is no genuine agreement, nevertheless it makes sense to speak of a contract implied in law because the *aequitas* of the matter is such that the person subjected to the obligation ought to consent to it.¹⁵¹

Johannes Voet (1698):

Les quasi-contrats sont des accords présumés, d'où survient une obligation valable. ... Il est tout à fait incorrect de dire qu'un accord tacite soutend le quasi-contrat; si c'était le cas, il s'agirait d'un véritable contrat. ... Le droit

¹⁴⁸Il est extrêmement important de noter qu'un contrat *implicite* n'est pas la même chose qu'un contrat *tacite*. Un contrat tacite est un échange de consentements réel, mais non-explicite. Un contrat implicite est un échange de consentements imputé, voire fictif; il est présumé que les parties auraient contracté ainsi, si elles avaient contracté. Dans le cas d'un contrat tacite (ou d'une clause tacite dans un contrat explicite) l'interprète devine l'intention commune réelle des parties, intention qui n'apparaît pas clairement mais qui est présente néanmoins. Dans le cas du contrat implicite (ou d'une clause implicite dans un contrat existant mais incomplet), il y a absence totale d'intention commune: l'interprète se demande ce que les parties auraient décidé si elles s'étaient penchées sur une question. Ainsi, à titre d'exemples, les «contrats sociaux» de Rawls et de Rousseau sont des contrats implicites; l'argument pour et contre l'existence d'un veto québécois sur toute modification constitutionnelle canadienne était, au contraire, basé sur un contrat tacite.

¹⁴⁹*De jure belli ac pacis*, 2.10.2 [notre traduction et nos italiques]. Dans son *Inleiding tot de Hollandische Rechtsgeleertheyd* (Introduction à la jurisprudence de la Hollande), publié en hollandais en 1631, Grotius est encore plus explicite à ce sujet, classant l'enrichissement injustifié parmi les «contrats sans accord» mais où un accord fictif sera imputé: voir Birks et McLeod, *supra*, note 83 aux pp. 60-62.

¹⁵⁰*Institutiones imperiales erotematibus distinctae et explicatae*, 3.28.

¹⁵¹*Praelectionum juris civilis tomi tres secundum Institutiones et Digesta Justiniani*, 3.27.1. Paraphrase de sa position par Birks et McLeod, *supra*, note 83 aux pp. 72-73. Huber était alors en train de discuter des fondements du quasi-contrat.

présume plutôt que les parties auraient conclu un accord en ces termes, sauf que, en raison d'absence, ignorance, ou âge, le consentement manquait. Ainsi, le propriétaire aurait certainement mandaté le gérant, pour empêcher la spoliation de ses affaires, n'eût été son absence ou son ignorance ...¹⁵²

Ces réflexions sur le fondement de l'obligation quasi-contractuelle révèlent une compréhension surprenante de l'analyse économique du droit. En effet, l'analyse économique s'est, depuis quelque temps,¹⁵³ penchée sur la pratique judiciaire courante (et explicitement autorisée au Québec par les articles 1013-1024 *C.c.B.-C.*) qui consiste à compléter des contrats là où une lacune subsiste.¹⁵⁴ Cette pratique réduit de beaucoup les coûts de transaction (éternel obstacle à des améliorations parétiennes) car elle rassure les parties qu'il n'est pas nécessaire de tout prévoir dans l'acte juridique.¹⁵⁵

Or, ce raisonnement est tout aussi valable dans certains cas où aucun contrat n'intervient. Par exemple, d'importants coûts de transaction peuvent exclure à toutes fins utiles la conclusion d'un contrat. Ainsi, l'éloignement d'une personne de sa demeure rend aléatoire la communication avec son voisin après un orage qui a causé des dommages. De même, la survenance d'un événement fortuit peut avoir été tellement peu probable que les parties n'avaient pas songé l'inclure dans un contrat. Ces contrats potentiels auraient néanmoins été parétiens *ex ante*, n'eût été lesdits coûts de transaction. Ainsi, par exemple, si le commis-voyageur savait que sa maison venait d'être dévastée par un orage, il aurait probablement contracté avec quelqu'un pour, disons, faire réparer le toit et ainsi préserver son immeuble. N'ayant rien su, lorsqu'il constate après son retour que son voisin a procédé tout seul aux réparations d'urgence, il protestera peut-être qu'il n'a jamais donné son accord et qu'il ne doit donc rien. Notre droit en décide autrement, car (dirait l'analyste économique) le vendeur *aurait* consenti à ces travaux si les coûts de transaction n'avaient pas été prohibitifs. Pour inciter le voisin à réparer, ou, autrement dit, pour minimiser les coûts des transactions parétiennes (et ainsi les encourager), le *Code* ordonne l'exécution des obligations qui en découlent.

¹⁵²*Commentarius ad Pandectas*, 44.7.5 (section *De Obligationibus et actionibus*) [notre traduction de l'édition de 1757]. Voet a suivi l'organisation et les titres du Digeste de Justinien.

¹⁵³Voir R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 2e éd., Boston, Little, Brown, 1977 à la p. 69, à titre d'exemple.

¹⁵⁴Notez que nous visons ici la pratique judiciaire d'imputer une intention commune aux parties, et non simplement de trouver l'intention tacite cachée dans un terme ambigu. La distinction est importante: voir *supra*, note 148.

¹⁵⁵Dans le cas contraire, les contrats seraient beaucoup plus longs et (surtout) coûteux à rédiger. À la marge, plusieurs contrats autrement parétiens ne seraient pas conclus.

Ainsi conçue, l'existence juridique universelle du quasi-contrat se comprend aussi aisément que l'existence juridique universelle du contrat.¹⁵⁶ Les coûts de transaction ne connaissent pas de frontière; toute collectivité veut maximiser l'utilité de ses citoyens en faisant respecter les contrats qu'ils concluent ou qu'ils auraient conclus.

Les modalités juridiques des quasi-contrats se comprennent parfaitement à l'aide de cette analyse économique. Par exemple, la limitation de l'action *de in rem verso* au moindre de l'enrichissement du défendeur et de l'appauvrissement du demandeur¹⁵⁷ vise à assurer le caractère parétien du contrat implicite.¹⁵⁸ Dans la gestion d'affaires, l'appréciation de l'utilité de la gestion en fonction des seuls intérêts du géré sert précisément la même fonction.¹⁵⁹ De même, l'interdiction des recours *negotiorum gestorum et de in rem verso* lorsque le demandeur avait une intention libérale respecte parfaitement la condition parétienne de ces contrats implicites.¹⁶⁰ Enfin, le refus de compenser le gérant qui fait l'officieux (par exemple, en profitant de l'absence temporaire de son voisin pour apporter un embellissement non-urgent à la demeure de ce dernier) réflète l'exigence de coûts de transaction élevés.¹⁶¹

¹⁵⁶Il est à noter que cette notion économique du quasi-contrat est présente aussi dans la jurisprudence de *common law*. Voir, par exemple, les mots du Viscount Haldane dans *Sinclair c. Brougham* (1914), [1914] A.C. 398 à la p. 415, [1914-15] All E.R. Rep. 622:

When the [common law of England] speaks of actions arising *quasi ex contractu* it refers merely to a class of action in theory based on a contract which is imputed to the defendant by a fiction of law.

¹⁵⁷Voir *Viger, supra*, note 4 à la p. 77; Baudouin, *supra*, note 84 aux pp. 321-22.

¹⁵⁸Si l'appauvri pouvait récupérer de l'enrichi plus que son enrichissement, ce dernier en sortirait perdant et le quasi-contrat ne serait plus parétien pour lui. Inversement, en limitant le montant du recouvrement à l'appauvrissement (même s'il est inférieur à l'enrichissement), la Cour s'assure que le surplus du contrat profite surtout à l'enrichi. Ceci est optimal, car le contrat fut involontaire du côté de l'enrichi, et il faut s'assurer de son consentement hypothétique.

¹⁵⁹Voir, par exemple, *Consolidated Sand Co. c. Oka Sand and Gravel Co.* (1927), 66 C.S. 85.

¹⁶⁰A. Mayrand, *Des quasi-contrats et de l'action de in rem verso*, texte soumis au concours de l'Association du Jeune Barreau de Montréal, 1939 à la p. 8 [non publié], a dit de l'altruiste que «sa récompense n'est pas de ce monde: il n'a aucune action [quasi-contractuelle].» Cette règle a un fondement économique qui cadre parfaitement avec l'idée du contrat hypothétique. En effet, l'altruiste dérive de la satisfaction sans qu'un paiement ne soit requis. Donc, aucun contrat implicite n'est présent lorsqu'un altruiste s'aide (en aidant autrui). Voir W.M. Landes et R.A. Posner, «Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism» (1978) 7 J. Legal Stud. 83.

Le non-altruiste, au contraire, n'agit pour aider autrui qu'en vertu du contrat implicite et parétien par lequel le «co-contractant» promet de le dédommager. Le refus du droit d'action quasi-contractuel à l'altruiste est effectivement un indice puissant que celui-ci a son origine dans une notion de contrat implicite.

¹⁶¹En l'absence d'une urgence, les deux voisins auraient facilement pu se rencontrer et parler, et l'un aurait pu tenter de convaincre l'autre d'embellir sa demeure (en offrant de payer l'amélioration lui-même, si nécessaire). L'urgence augmente considérablement le prix de tels pourparlers; alors une gestion même imparfaite sera implicitement voulue. Voir, par exemple, *St-Michel c. Gadbois* (1973), [1973] C.A. 885.

C'est donc un modèle de contrat implicite (ou hypothétique) qui soutend économiquement (et historiquement) la notion de quasi-contrat. L'action en enrichissement injustifié correspondrait, en quelque sorte, au quasi-contrat générique, tout comme l'avait imaginé le juge Challies.¹⁶² Un retour aux exemples cités plus haut, et à *Lapierre*, démontre l'applicabilité du modèle. Ainsi, un contrat implicite de dédommagement serait parétien *ex ante* dans ces cas :

1. Les voisins auraient tous été d'accord pour partager les pertes en dédommageant un propriétaire en retour du sauvetage du reste du voisinage, s'ils avaient contracté *ex ante*. Le grand nombre de contractants et le danger conséquent du *free riding* rend le processus contractuel difficile avant l'incendie ; l'urgence empêche tout contrat explicite après la naissance du feu. Le même raisonnement s'applique à bord du navire, aux vignobles, etc.

2. Lors d'un programme de vaccination universelle contre la rougeole, le grand nombre de personnes vaccinées, et l'extrême improbabilité individuelle de la survenance du risque, rendent impossible tout contrat explicite préalable.¹⁶³ Par contre, si le coût de contracter n'avait pas été prohibitif, il est plausible que chacune aurait accepté la proposition de payer quelques cents de plus (en taxes ?) pour compenser toute victime d'encéphalite aiguë résultant du programme de vaccination anti-rougeole.¹⁶⁴ En retour, chacun serait dédommagé si le sort le choisissait. Quant au gouvernement, rappelons que, même en versant l'indemnité, il épargne de l'argent comparé aux coûts d'une pandémie de rougeole.¹⁶⁵

¹⁶²Voir Challies, *supra*, note 141. La notion de contrat hypothétique a également été utilisée avec succès pour expliquer d'autres institutions juridiques. Voir, par exemple, T.H. Jackson, «Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain» (1982) 91 Yale L.J. 857 pour une explication d'une grande partie du droit de la faillite comme un contrat implicite et parétien (*ex ante*) entre les créanciers du failli (qui, ne se connaissant pas, ne peuvent guère contracter explicitement).

¹⁶³Pour les statistiques appropriées, voir *supra*, note 31 et le texte correspondant. De nombreux tests psychologiques ont établi que lorsque la survenance d'un risque est très peu probable pour une personne, celle-ci le trouve difficilement intelligible et ne peut y réagir rationnellement. Ceci augmente de beaucoup les coûts d'une transaction parétienne. Voir à ce sujet K.J. Arrow, «Risk Perception in Psychology and Economics» (1982) 20 Econ. Inquiry 1 pour de nombreuses sources.

¹⁶⁴Le coût de contracter comprend bien sûr le coût économique usuel des contrats multilatéraux, soit le risque que des *free riders* sabotent le processus.

¹⁶⁵À cause des coûts administratifs inévitables de toute compensation, cette affirmation présume tacitement que les co-contractants hypothétiques ont une certaine aversion pour les risques d'une perte catastrophique. Cette présomption est justifiée par les études psychologiques sur l'aversion pour les risques des personnes physiques : voir, par exemple, K.J. Arrow, *Essays in the Theory of Risk-Bearing*, Chicago, Markham, 1971 à la p. 90 et s. Cela dit, seule une aversion minimale pour les risques est présumée. Répétons que le coût d'identification et d'indemnisation des rarissimes victimes du vaccin n'est pas élevé, contrairement à certains autres cas d'indemnisation massive : voir Calabresi, *supra*, note 105.

Cette analyse est facile à traduire en des termes intelligibles au droit positif. Ainsi, dans *Lapierre*, nous pouvons affirmer :

1. qu'il y eu *enrichissement*. Ou bien les personnes vaccinées (que représente économiquement le gouvernement) ont été enrichies par le programme de vaccination massive (elles ont été, et se sont, immunisées¹⁶⁶); ou bien le gouvernement a été lui-même enrichi par l'épargne qu'il a réalisé dans son programme d'assurance-maladie.¹⁶⁷

2. qu'il y eu *appauvrissement* de Nathalie Lapierre. Cela est évident.

3. qu'il y a un *lien* entre l'enrichissement et l'appauvrissement. C'est le programme de vaccination qui est à la base des deux.¹⁶⁸

4. que l'enrichissement n'a pas de *justification* juridique. En effet, les nombreux contrats individuels entre l'État et chaque individu vacciné ne peuvent servir de justification juridique pour l'enrichissement. Ces contrats étaient, explicitement, silencieux sur ce point. Implicitement, ces contrats sont assortis d'une clause parétienne de dédommagement de l'éventuel victime.¹⁶⁹ Quant aux textes législatifs ou réglementaires justifiant le programme¹⁷⁰ de vaccination massive, ils justifient les économies générales que le gouvernement réalisera dans son plan d'assurance-maladie, mais ils ne justifient certes pas l'économie additionnelle qui résulterait d'un non-dédommagement de Nathalie Lapierre car, en l'absence d'une indication expresse à l'effet contraire, le législateur n'est certes pas présumé vouloir faire supporter une part disproportionnée du coût de ce bien public imparfait par elle. Ce programme s'inscrit donc dans le cadre du droit commun (le *Code civil*), dont l'économie générale prévoit l'indemnisation de celle qui a payé le coût de notre protection publique.

¹⁶⁶Nous faisons référence ici au caractère de bien public imparfait du programme. Voir *supra*, note 49 et le texte correspondant.

¹⁶⁷Voir *supra*, note 34.

¹⁶⁸Il est depuis longtemps accepté qu'un lien de causalité direct entre l'enrichissement et l'appauvrissement n'est pas nécessaire: il suffit qu'ils tirent leur origine d'une même situation. Voir, par exemple, G. Ripert et M. Teisseire, «Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en Droit civil français» (1904) 3 Rev. trim. dr. civ. 727 à la p. 766 et s.

¹⁶⁹Le droit civil comparé est instructif ici. Ainsi, l'Autriche, un pays qui (à la différence de la France et du Québec) a codifié l'action *de in rem verso*, la fait appliquer précisément aux cas tels *Lapierre*. Voir l'art. 1043 *A.B.G.B.*, l'un des trois articles traitant de l'action quasi-contractuelle faisant suite à un enrichissement injuste:

Si quelqu'un, dans un cas de nécessité, a sacrifié sa propriété pour se préserver, ainsi que d'autres, d'un dommage plus grand, tous ceux qui en tirent un avantage doivent l'indemniser proportionnellement.

(Traduction de M. Doucet, *Code civil général autrichien*, Paris, A. Pédone, 1947 à la p. 173.)

¹⁷⁰Voir *supra*, note 60 et le texte correspondant pour une première distinction entre le contrat individuel et le programme collectif.

Conclusion générale

Nous avons démarré cette étude en signalant le besoin, en droit civil québécois, d'une théorie qui nous aiderait à déterminer quelles pertes, parmi toutes celles qui sont constamment subies par les gens, devraient donner lieu à un droit d'action en dédommagement. Au Québec, le marché des assurances est mûr depuis longtemps, et les justiciables peuvent s'assurer contre les risques privément. Une justification morale est donc requise afin de faire supporter une perte par quelqu'un d'autre que la victime originaire.¹⁷¹ Cette justification, relativement apparente dans les domaines contractuel et délictuel, est moins évidente en l'absence d'une promesse et d'une faute caractérisée. Cela explique sans doute le malaise des théoriciens en obligations lorsque vient le moment de traiter des quasi-contrats.¹⁷²

Dans ce texte nous avons présenté, à l'aide de l'analyse économique du droit, un modèle du quasi-contrat qui constitue l'esquisse d'une éventuelle théorie de l'obligation extra-contractuelle. Ce modèle, qui s'avère (croyons-nous) opérationnel et cohérent, permet d'expliquer les quasi-contrats nommés, et justifie l'extension du concept au quasi-contrat innommé *de in rem verso* par la Cour suprême dans *Viger*. De plus, ce modèle suggère les circonstances où un geste d'enrichissement collectif donne lieu à un tel quasi-contrat. Sous les feux de ce modèle, l'arrêt *Lapierre* paraît vulnérable.

Ayant refusé d'explorer les assises du quasi-contrat (et notamment de l'action *de in rem verso*¹⁷³) la Cour suprême n'a su relier théoriquement les nombreux articles du *Code* qui donnaient un droit au dédommagement.¹⁷⁴ Il en a résulté une autre instance où une loi particulière vient miner la force du *Code civil* et donc du droit civil.¹⁷⁵ En effet, l'approche de la Cour revient à traiter le *Code* comme une collection de règles statutaires ponctuelles, sans cohésion: aucune de ces règles ne consacrant expressément le droit du

¹⁷¹Cette réflexion n'est pas nouvelle: voir O.W. Holmes, *The Common Law*, éd. rév. par M. de Wolfe, Cambridge, Mass., Belknap Press, 1963, cours 3.

¹⁷²Voir, par exemple, Baudouin, *supra*, note 84. Le quasi-contrat n'occupe que 30 pages sur un total de 525. L'auteur avoue, *supra* aux pp. 291-92, qu'il n'aurait peut-être pas dû consacrer un titre de son livre aux quasi-contrats, tellement l'assise théorique de cette source d'obligations lui semble manquer. Nous sommes parfaitement d'accord avec lui que la doctrine actuelle offre une défense théorique insatisfaisante du quasi-contrat. Notre conviction de l'importance du quasi-contrat et donc, de la nécessité de le comprendre théoriquement, est à la base de cet essai.

¹⁷³Voir *Lapierre* (C.S.C.), *supra*, note 6 à la p. 251 où la source véritable de ce quasi-contrat fait l'objet d'un simple renvoi par la Cour à «la querelle doctrinale».

¹⁷⁴Voir *supra*, notes 127-37 et le texte correspondant.

¹⁷⁵Pour une dénonciation générale de ce phénomène, voir M. Tancelin, Introduction, «Comment un droit peut-il être mixte?» dans F.P. Watson, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, trad. par M. Tancelin, Toronto, Butterworths, 1980, 1 à la p. 22 et s.

demandeur, la Cour souhaite l'adoption d'une autre loi pour remédier à cette carence.

L'avènement de cette loi spéciale ne s'est guère fait attendre. Son caractère ponctuel et incomplet ne fait toutefois qu'exacerber le problème. Ainsi, cette loi n'indemnise que les personnes ayant subi un préjudice à la suite d'une immunisation,¹⁷⁶ avec effet rétroactif pour couvrir nommément le cas de Nathalie Lapière.¹⁷⁷ Le texte couvre des cas où aucune perte n'est subie pour le bien commun, et ne vise par ailleurs pas d'autres exemples de pertes pour le bien commun qui seraient (nous l'avons vu) analytiquement semblables à *Lapière*. Ces cas devront donc attendre d'autres jugements *dura lex sed lex*, et d'autres expressions de pitié publique. Cette méthodologie souffre justement de l'absence de cette cohésion théorique qui distingue les systèmes civilistes de leurs cousins du *common law*.¹⁷⁸

¹⁷⁶Voir *supra*, note 8 et le texte correspondant. L'art. 16.2 de la *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q. 1977, c. P-35, mod. par *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les affaires sociales*, L.Q. 1985, c. 23, art. 18, établit un droit à l'indemnisation pour toute victime d'immunisation, même s'il s'agit d'une indemnisation volontaire ou d'une maladie non-infectieuse. Dans ce dernier cas, toutefois, aucun bien public n'existe: les motivations privées produiront le nombre optimal de vaccinations, et l'assurance privée protégera optimalement contre les risques. Voir *supra*, notes 48-50 et 110 et le texte correspondant. Il n'y a donc pas de raisons de traiter pareillement toutes les sortes de vaccination.

¹⁷⁷*Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les affaires sociales, ibid.*, art. 26. Donc, tout enfant non-nommé mais ayant subi un semblable préjudice avant l'entrée en vigueur de la *Loi* n'est pas visé par elle.

¹⁷⁸Le lecteur s'objectera peut-être que la France aussi a choisi de traiter cette question par des voies étrangères au *Code civil*. Cette objection appelle une réponse en deux temps.

D'une part, il est vrai que la question générale du dédommagement de celui qui subit une perte dans le bien commun a fait l'objet non pas d'une jurisprudence des tribunaux civils, mais d'une doctrine administrative du Conseil d'État (dite de «l'égalité des citoyens devant les charges publiques»: voir Gilli, *supra*, note 81 aux pp. 125-26). Ce phénomène est imputable à la dichotomie juridictionnelle française, où les poursuites impliquant l'État échappent au contrôle des tribunaux de droit commun. En l'absence d'une telle *summa divisio*, il n'y a aucune raison de ne pas faire appliquer les principes généraux du *Code civil* à l'État québécois.

En deuxième lieu, il faut noter que le Conseil d'État a refusé d'étendre cette doctrine aux victimes de réactions adverses lors de vaccinations obligatoires: voir, surtout, Cons. d'Ét., 7 mars 1958, *Secrétaire d'État à la Santé publique*, D.1958.Somm.81 F. Golléty, note, D.1958.Jur.182. La France a été ainsi obligée d'adopter une loi (Loi no 75-401 du 26 mai 1975, Gaz. Pal. 1964.2.40 modifiant l'art. L.10-1 du *Code de la santé publique*, Gaz. Pal. 1975.1.275 afin de faire supporter par l'État la réparation de tout dommage imputable directement à une vaccination obligatoire et insérant un art. L.10-2 dans ce même code) pour neutraliser cette jurisprudence. La Cour suprême du Canada dans *Lapière* (C.S.C.), *supra*, note 6 à la p. 267 cite cette *Loi* à l'appui de sa prétention que le droit commun ne permet pas le recours. Cette critique ne résiste guère à l'analyse, croyons-nous. En effet, cette jurisprudence française a été critiquée (entre autres par Gilli, *supra* à la p. 128) comme non-conforme au principe général d'égalité des citoyens devant les charges publiques. Les Français aussi commettent des erreurs! Lorsqu'une bonne jurisprudence souffre d'une malencontreuse exception, faut-il ériger l'exception en règle et vouloir l'imiter chez nous?

En plus de diminuer l'importance du droit civil comme outil d'organisation sociale, le traitement statutaire *ad hoc* ouvre la porte à des critiques tout aussi *ad hoc*. Ainsi, réagissant à une loi anglaise indemnisant les victimes de certains accidents, une commentatrice vient de souligner, à juste titre, que les victimes de maladies souffrent tout autant que les victimes d'accidents. Elle souhaite en conséquence, au nom de la cohérence, un régime général de compensation publique de toute personne malade.¹⁷⁹ En présence d'une théorie de compensation qui expliquerait (par exemple, sur la base du contrat implicite) pourquoi certaines personnes reçoivent un dédommagement et d'autres non, cette suggestion perd de sa force.¹⁸⁰ En présence de textes législatifs interprétés sans théorie, son argument en vaut tout autre.

Outre une contribution à l'éventuelle élaboration d'une théorie de compensation en droit privé québécois, cet article aura servi, espérons-nous, à démontrer l'utilité de l'analyse économique du droit. Loin d'être (comme pourraient le laisser croire ses origines) un corps étranger venu importer dans notre droit des notions de *common law*, l'analyse économique peut efficacement servir la cause civiliste, en facilitant la systématisation dont notre épistémologie juridique a justement besoin.¹⁸¹

¹⁷⁹J. Stapleton, «Compensating Victims of Diseases» (1985) 5 Oxford J. Legal Stud. 248.

¹⁸⁰Ainsi, notre théorie voudrait qu'en l'absence totale d'un geste d'enrichissement collectif de la nature d'un bien public, (donc, en l'absence d'un contrat implicite) le simple malade naturel n'aura aucune créance théorique vis-à-vis de qui que ce soit, sauf son assureur privé (le cas échéant). La prétention de Stapleton, *ibid.*, semble présumer que tout désavantage doit être compensé par l'État. Dans ce cas, pourquoi s'arrêter aux maladies? Le laid, le petit, le gros, le stupide auraient tous une réclamation basée sur leurs désavantages respectifs. L'égalisation totale et répétée de la richesse serait possiblement le seul moyen de compenser tous les désavantages. Voir à ce sujet l'essai «Harrison Bergeron» de K. Vonnegut, dans *Welcome to the Monkey House*, New York, Dell, 1970. Dans *Lapierre*, au contraire, l'analyse économique milite en faveur de la compensation sans que les portes soient grandes ouvertes à un nivellement gouvernemental.

¹⁸¹Aux États-Unis l'analyse économique du droit a été d'une importance primordiale dans l'effort de systématisation aboutissant au *Uniform Commercial Code*. Ce Code, adopté par la plupart des états américains, représente justement une civilisation d'une partie du droit de ce pays. Pour une démonstration générale de l'utilité de l'analyse économique chez nous, voir E. Mackaay, «La règle juridique observée par le prisme de l'économiste» (1986) 1 Rev. int. dr. écon. [à paraître].