

La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile — analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois

Mariève Lacroix

Volume 59, numéro 2, december 2013

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1022313ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1022313ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (imprimé)

1920-6356 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lacroix, M. (2013). La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile — analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 59(2), 425–474.
<https://doi.org/10.7202/1022313ar>

Résumé de l'article

L'auteure explore la théorie de la relativité aquilienne en droit comparé afin d'entamer, voire de nourrir un dialogue avec le système civiliste québécois. Elle jauge les potentialités d'une importation de la doctrine de la relativité aquilienne en matière de responsabilité extracontractuelle personnelle au Québec.

Dans une première partie, l'auteure expose la doctrine de la relativité aquilienne dans une perspective historique et comparatiste.

Dans une deuxième partie, elle prend pour illustration le droit civil allemand et la common law canadienne, car ils emploient des mécanismes distincts, mais qui convergent à restreindre le champ d'application de la responsabilité civile. Si la théorie de la relativité aquilienne puise ses racines dans la formule du *Code civil* allemand, notamment à l'article 823 BGB, qui édicte diverses dispositions législatives en tant que « petites » clauses générales de responsabilité, elle s'exprime à travers le délit de négligence et l'idée d'interférence des droits dans la common law canadienne.

Dans une troisième partie, prenant parti qu'il n'y a pas d'obstacle dirimant à la relativité aquilienne en droit québécois, elle sonde la volonté de favoriser une conception relative de la responsabilité civile. Le cas échéant, il est permis de s'arrêter sur la technique, laquelle commande d'identifier les mécanismes qui peuvent contenir dans des bornes raisonnables le périmètre de la responsabilité civile au Québec, ainsi que de situer ces mécanismes.

LA RELATIVITÉ AQUILIENNE EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE — ANALYSE COMPARÉE DES SYSTÈMES GERMANIQUE, CANADIEN ET QUÉBÉCOIS

*Mariève Lacroix**

L'auteure explore la théorie de la relativité aquilienne en droit comparé afin d'entamer, voire de nourrir un dialogue avec le système civiliste québécois. Elle juge les potentialités d'une importation de la doctrine de la relativité aquilienne en matière de responsabilité extracontractuelle personnelle au Québec.

Dans une première partie, l'auteure expose la doctrine de la relativité aquilienne dans une perspective historique et comparatiste.

Dans une deuxième partie, elle prend pour illustration le droit civil allemand et la common law canadienne, car ils emploient des mécanismes distincts, mais qui convergent à restreindre le champ d'application de la responsabilité civile. Si la théorie de la relativité aquilienne puise ses racines dans la formule du *Code civil* allemand, notamment à l'article 823 BGB, qui édicte diverses dispositions législatives en tant que « petites » clauses générales de responsabilité, elle s'exprime à travers le délit de négligence et l'idée d'interférence des droits dans la common law canadienne.

Dans une troisième partie, prenant parti qu'il n'y a pas d'obstacle dirimant à la relativité aquilienne en droit québécois, elle sonde la volonté de favoriser une conception relative de la responsabilité civile. Le cas échéant, il est permis de s'arrêter sur la technique, laquelle commande d'identifier les mécanismes qui peuvent contenir dans des bornes raisonnables le périmètre de la responsabilité civile au Québec, ainsi que de situer ces mécanismes.

The author explores the theory of Aquilian relativity through comparative law in order to spur and foster a dialogue with the Quebec civilian system. She assesses the possibility of importing this theory into personal extra-contractual liability in Quebec.

First, the author outlines the theory of Aquilian relativity from a historical and comparative perspective.

Second, the author uses German civil law and Canadian common law as examples of the instrumentalisation of Aquilian relativity. Although these systems employ distinct mechanisms, they both restrict the scope of application of extra-contractual liability. Indeed, if Aquilian relativity theory is rooted in the German civil code, specifically in the formulation of article 823 BGB, which frames various legislative provisions as “small” general clauses of liability, it finds expression through the tort of negligence and the idea of tortious interference with rights within the Canadian common law.

Third, finding that no major obstacles to Aquilian relativity exist within Quebec civil law, the author gauges the willingness to shift toward such a relative conception of extra-contractual liability. The author provides a technique to effect this shift, which involves identifying both the appropriate mechanisms to reasonably constrain the boundaries of extra-contractual liability, and the proper location for the application of these mechanisms within the Quebec legal order.

* Professeure, Faculté de droit, section de droit civil, Université d'Ottawa et avocate (LL.B. (Université de Montréal), LL.M. (Université de Montréal), Master 2 (Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne), LL.D. (Université Laval). Le présent texte est inspiré, pour partie, mais a été substantiellement bonifié au regard du droit comparé, de la thèse doctorale que l'auteure a publiée : *L'illicéité. Essai théorique et comparatif en matière de responsabilité civile extracontractuelle pour le fait personnel*, coll « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013. L'auteure tient à remercier chaleureusement Adrian Popovici, professeur émérite (Faculté de droit, Université de Montréal), *affiliate member* (Université McGill), un mentor d'exception. Ce dernier a fait naître et a nourri les réflexions entreprises.

Introduction	427
I. La doctrine de la relativité aquilienne	431
II. Une exploration de la relativité aquilienne dans le système civiliste allemand et le système de common law canadienne	436
<i>A. Le système civiliste allemand : les intérêts protégés</i>	437
<i>B. Le système de common law canadienne : le délit de négligence et le duty of care</i>	441
<i>C. La finalité convergente du système civiliste allemand et de la common law canadienne : limiter le spectre de la responsabilité</i>	448
III. Pour une reconnaissance de la relativité aquilienne dans le système civiliste québécois?	451
<i>A. La volonté d'adopter une conception relative de la responsabilité</i>	451
<i>B. La technique à adopter pour favoriser une conception relative de la responsabilité</i>	456
1. Les mécanismes propres à circonscrire les cas d'application de la responsabilité civile	456
<i>a. L'émergence de la notion d'illicéité en droit de la responsabilité civile</i>	456
<i>b. Les autres éléments constitutifs de la responsabilité civile</i>	463
2. Les mécanismes propres à circonscrire les cas d'application de la responsabilité civile : entre les mains du juge ou du législateur?	469
Conclusion	471

Should [...] a code adopt the German approach, which is close to the conventional view of the English approach [...], and require that the defendant's behaviour be 'unlawful' or 'unjustified'?

Should it go further along the same route and require that the defendant's behaviour interfered with one or more of a specific list of protected interests of the claimant?

Or should it adopt the elegant French formulation, forget about unlawfulness and limit itself to fault, causation and damage?

David Howarth¹

Introduction

L'appréhension *générale* ou *restrictive* de la responsabilité civile mérite réflexion, car elle permet de s'interroger sur l'étendue de la protection offerte à une victime. Deux philosophies prévalent et obéissent à un postulat de départ opposé. La responsabilité civile qui procède du précepte *neminem laedere* fait assumer à l'auteur qui a causé le dommage les conséquences de son acte dommageable. Peu importe sa nature et de manière indifférenciée, tout détriment subi par une victime peut être qualifié de préjudice ayant vocation à être réparé. L'indemnisation n'est pas déterminée en fonction de la nature de l'intérêt atteint, mais à l'aune du comportement dommageable de l'auteur².

À l'opposé, le précepte *casum sentit dominus* fait reposer sur la victime les dommages susceptibles d'advenir, sauf dans les cas où le droit décide d'en transférer la charge à autrui. Seul un chef de préjudice spécifiquement identifié par l'ordre juridique, qui peut prévoir au surplus une hiérarchie entre les divers chefs de préjudice, est réparable. La doctrine de la relativité aquilienne participe de ce précepte et tend à circonscrire le champ d'application de la responsabilité civile aux cas qui sont expressément prévus par la norme juridique.

Selon la philosophie à laquelle un ordre juridique adhère, des principes de généralité et d'équivalence servent de boussole dans la détermination des préjudices qui nécessitent compensation; des principes de spé-

¹ David Howarth, « The General Conditions of Unlawfulness » dans AS Hartkamp & EH Hondius, dir, *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Kluwer Law International, 2004, 607 aux pp 633-34.

² Voir Geneviève Viney, « Les intérêts protégés par le droit de la responsabilité civile (Synthèse) », Série de séminaires sur les droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile sous le thème « Les conceptions générales de la matière », présentée au Groupe de recherche européen sur la responsabilité civile et l'assurance, 20 et 21 mars 2009 [non publiée], en ligne : <grerca.univ-rennes1.fr>.

cialité et de hiérarchie tiennent lieu de compas dans la précision des préjudices réparables³.

Cette réflexion dérive d'une volonté initiale de reconnaître au Québec un principe fondateur de la responsabilité civile, le concept d'illicéité⁴, en tant que violation d'une prescription de l'ordre juridique destinée à protéger le bien juridique atteint⁵. L'illicéité permet d'énumérer, voire de hiérarchiser, les intérêts dont le droit de la responsabilité civile assure une protection. En ce sens, elle sous-tend la théorie de la finalité protectrice de la norme qui postule l'existence d'un rapport juridique significatif entre le critère d'imputation de la responsabilité civile personnelle et les intérêts protégés. La question qui se pose, en présence de la violation d'une norme de conduite, est de savoir si la victime peut poursuivre pour tout dommage ou seulement pour le type de dommage que la norme a pour objet de prévenir⁶. Est-il approprié de réduire le champ d'intervention de la responsabilité civile afin de cantonner la prise en charge des dommages⁷? Peut-on greffer à un système juridique qui méconnaît l'illicéité cet élément supplémentaire afin de circonscrire le périmètre de la responsabilité en fonction de la nature des intérêts protégés?

Au Québec, est-il opportun de juguler une dérive — qu'elle soit qualifiée de potentielle ou d'actuelle — du droit à réparation? Doit-on maintenir le principe de la réparation intégrale du dommage par le recours à une

³ Voir Fabrice Leduc, « Les préjudices réparables », Série de séminaires sur les droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile sous le thème « Colloque de clôture », présentée au Groupe de recherche européen sur la responsabilité civile et l'assurance, 13 mai 2011 [non publiée], en ligne : <grecra.univ-rennes1.fr>.

⁴ Voir Mariève Lacroix, *L'illicéité : Essai théorique et comparatif en matière de responsabilité civile extracontractuelle pour le fait personnel*, thèse de doctorat en droit, Université Laval, 2011 [non publiée].

⁵ Voir par ex Jean Darbellay, *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1955 à la p 12.

⁶ Voir Jean Limpens, Robert M Kruithof et Anne Meinertzhagen-Limpens, « Liability for One's Own Act » dans André Tunc, dir, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol 11, Tübingen (Allemagne), JCB Mohr, 1983 au para 2-133. Voir aussi Rodolfo Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991 à la p 75; Konrad Zweigert et Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 3^e éd, traduit par Tony Weir, Oxford, Clarendon Press, 1998 aux pp 598-605; Gert Brüggemeier, *Common Principles of Tort Law: A Pre-Statement of Law*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2004 à la p 43 et s; Cees van Dam, *European Tort Law*, New York, Oxford University Press, 2006 à la p 141 et s; Gerhard Wagner, « Comparative Tort Law » dans Mathias Reimann et Reinhard Zimmermann, dir, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, Oxford University Press, 2006, 1003 aux pp 1013-15.

⁷ Voir Jean-Sébastien Borghetti, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle » dans *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, 145.

clause générale de responsabilité, laquelle transcende la casuistique des divers chefs de responsabilité, sans *a priori* ni hiérarchie? Au surplus, il faut s'interroger si le droit québécois réserve réellement, de manière implicite, voire même occulte, une certaine place à la notion d'intérêts protégés⁸.

Les réflexions engagées soulèvent la question cruciale de la détermination des dommages réparables et de la définition du cercle des victimes, à savoir si la faute et la causalité suffisent à déterminer les lésés potentiels. Un vent alémanique tend à souffler et renvoie au critère des intérêts qui méritent une protection. Un tel courant influera-t-il l'Ouest, notamment la France et la Belgique, jusqu'à atteindre les côtes nord-américaines et le Québec? Ou s'essoufflera-t-il? Simple brise ou cyclone impitoyable⁹? On observe notamment les traces de ce souffle juridique au sein de deux groupes qui œuvrent sur l'harmonisation du droit européen de la responsabilité civile — à valeur officieuse toutefois. Il s'agit des *Principles of European Tort Law* publiés en 2005 à Vienne¹⁰ et du *Draft Common Frame of Reference* préparé par le *Study Group on a European Civil Code* et le *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* en

⁸ Le questionnement est emprunté à Hadi Slim, « Les intérêts protégés par la responsabilité civile », Série de séminaires sur les droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile sous le thème « Les conceptions générales de la matière », présentée au Groupe de recherche européen sur la responsabilité civile et l'assurance, 20 et 21 mars 2009 [non publiée], en ligne : <grerca.univ-rennes1.fr>. [Slim, « Intérêts protégés »].

⁹ Louis Baudouin observe ceci : « Les textes du Code civil de Québec ont été traversés par des courants et contre-courants autochtones parfois violents et souvent balayés par des vents venant d'outre-frontière ou d'outre-mer. Certaines traditions solidement ancrées ont été ébranlées sans avoir été cependant définitivement écartées » (Louis Baudouin, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec (Droit Civil, Droit Commercial, Procédure Civile)*, vol 21, Paris, Dalloz, 1967 à la p 877).

¹⁰ European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Vienne, Springer-Verlag, 2005 [PETL]. Pour des ouvrages pertinents au sujet sous étude et ayant mené au PETL, voir Helmut Koziol, dir, *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, vol 3, La Haye, Kluwer Law International, 1998; Jaap Spier, dir, *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others, Principles of European Tort Law*, vol 7, La Haye, Kluwer Law International, 2003; Ulrich Magnus et Miquel Martín-Casals, dir, *Unification of Tort Law: Contributory Negligence*, vol 8, La Haye, Kluwer Law International, 2004; Pierre Widmer, dir, *Unification of Tort Law: Fault*, vol 10, La Haye, Kluwer Law International, 2005. Voir aussi Christian von Bar, dir, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.)*, traduit par Dr Stephen Swann, Pádraic McCannon et Susan Singleton, New York, Oxford University Press, 2009. À titre indicatif et dans le domaine contractuel, voir Giuseppe Gandolfi, *Code européen des contrats*, Milan, Dott A Giuffrè Editore, 2004.

2009 à Munich¹¹. Il est opportun pour un juriste québécois d'engager une réflexion à la lueur de ces travaux entrepris¹² et de poser un regard critique sur la politique juridique et les mécanismes employés afin d'endiguer un élargissement (indu?) du droit de la responsabilité civile au Québec.

Devant une appréhension générale du droit québécois de la responsabilité extracontractuelle, il est permis de se demander si le droit de la responsabilité civile nécessite une restructuration interne, réflexion qui est axée sur le degré de généralité requis. Est-on prêt à une nouvelle génération de normativité en responsabilité civile qui soit plus explicite, par une reconnaissance de la doctrine de la relativité aquilienne?

L'étude a pour mission d'explorer la théorie de la relativité aquilienne en droit comparé afin d'entamer, voire de nourrir un dialogue avec le système civiliste québécois. Il faut s'arrêter plus particulièrement sur les potentialités d'une importation de cette théorie en matière de responsabilité extracontractuelle personnelle. Une telle analyse contribue sans conteste à enrichir la doctrine juridique par son dessein novateur et son articulation autour d'une théorie peu étudiée, sinon méconnue, au Québec.

D'un point de vue conceptuel, sinon notionnel, quelques réflexions liminaires s'imposent au sujet de la doctrine de la relativité aquilienne eu égard à son appréhension, à sa genèse ainsi qu'à sa confrontation aux techniques casuistique et conceptualiste (I). À titre illustratif, on peut prendre pour modèles le droit civil allemand et la common law canadienne, car ils emploient des mécanismes distincts¹³, mais qui convergent à restreindre le champ d'application de la responsabilité civile. Si la théorie de la relativité aquilienne puise ses racines dans la formule du *Code civil* allemand, le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), qui édicte diverses dispositions législatives en tant que « petites » clauses générales¹⁴ de respon-

¹¹ Study Group on a European Civil Code et Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier European Law, 2009 [DCFR].

¹² Voir la partie III-B-1-a, ci-dessous, pour une analyse de cette question.

¹³ Voir Wagner, *supra* note 6 à la p 1014 : *Thus, the identical function of the German Rechtsgüter and the English duty of care is to define the scope of protection of delictual liability by discriminating against certain types of harm, that is, pure economic loss and infringements of intangible personality rights.*

¹⁴ Cette expression est puisée dans Frédérique Ferrand, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997 au para 361. Voir par ex art 823, 826 BGB.

sabilité; elle s'exprime à travers le délit de négligence et l'idée d'interférence des droits dans la common law canadienne¹⁵ (II).

Par ailleurs, prenant parti qu'il n'y a pas d'obstacle dirimant à la relativité aquilienne en droit québécois, il convient de sonder la volonté de favoriser une conception relative de la responsabilité civile. Le cas échéant, il est permis de s'arrêter sur la technique, laquelle commande d'identifier les mécanismes qui peuvent contenir dans des bornes raisonnables le périmètre de la responsabilité civile au Québec, ainsi que de situer ces mécanismes. Il faut signaler néanmoins l'arrimage périlleux de la relativité aquilienne avec le principe général et malléable de la responsabilité civile, lequel semble trop profondément ancré au Québec pour adopter des mécanismes aussi efficaces que ceux développés en droit allemand et en common law canadienne (III).

I. La doctrine de la relativité aquilienne

La doctrine de la relativité aquilienne¹⁶ limite le spectre de la responsabilité civile aux cas qui sont expressément prévus par la norme juridique. L'action en réparation ne s'étend qu'à l'égard des individus que la règle de conduite a pour dessein de prémunir *et* pour des dommages contre lesquels la règle juridique offre une protection¹⁷. La relativité est double : elle est *personnelle* quand elle vise à limiter la protection de la règle à l'endroit de certaines personnes déterminées; elle est *matérielle* lorsqu'elle tend à restreindre la protection de la règle face à des dommages donnés¹⁸. Dans son aspect matériel, tous les droits et tous les intérêts ne reçoivent pas la même protection par les règles de la responsabilité civile. Il faut considérer la finalité de la règle juridique méconnue; c'est la théorie du but protecteur de la norme.

¹⁵ À titre indicatif, pour une analyse du phénomène de perméabilité des systèmes juridiques de common law et français, voir Romain Lorentz, « *Duty of care* et intérêt lésé – Étude croisée » dans Duncan Fairgrieve, dir, *The Influence of the French Civil Code on the Common Law and Beyond*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007, 125.

¹⁶ Rapprochée de la relativité contractuelle, on peut mieux comprendre la théorie de la relativité aquilienne. En vertu de ce dernier principe, un contrat n'a de valeur, de façon générale, qu'entre les parties contractantes et, plus particulièrement, quant aux effets internes de la convention. C'est le principe de l'effet relatif du contrat.

¹⁷ Voir Jean Limpens, « La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé » dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, 559 au para 4.

¹⁸ *Ibid.* Au Québec, on peut s'attacher à l'illicéité du comportement, soit la contravention à un devoir de bon comportement, ou à une norme de civilité (voir la partie III-B-1-a, ci-dessous).

Si l'on se fonde sur la structure et les mécanismes qui permettent de limiter le champ des responsabilités et de nuancer la protection des victimes en fonction de la nature de l'intérêt atteint ou du dommage invoqué, des approches unitaire et pluraliste s'opposent. Il faut opter entre un principe général censé fédérer dans ses grandes lignes le droit de la responsabilité civile et une approche pluraliste; entre une généralité et une architecture notoirement complexe des dispositions de la responsabilité civile. L'étendue de la protection offerte aux victimes n'est pas la même : clause générale, porteuse d'insécurité, de non-dits et d'une possible prolifération judiciaire désordonnée (méthode conceptualiste) ou liste pragmatique de cas spécifiques favorisant une sécurité juridique, mais qui présentent une moindre ouverture face à des situations hypothétiques nouvelles (méthode casuistique)? Certes, il s'agit moins d'une question de fond que de technique juridique¹⁹.

Dans une perspective historique, l'apparition du principe général de responsabilité est étroitement liée à l'affranchissement de la responsabilité civile de la responsabilité pénale et à la reconnaissance de son caractère autonome²⁰. Si la généralité de la faute et l'absence de distinction entre les préjudices ne semblent pas compatibles *a priori* avec un système basé sur les intérêts protégés — qui repose sur une hiérarchie des valeurs semblable au droit pénal —, il est possible de se demander, à l'instar d'un auteur, si la « construction d'un système de responsabilité civile [...] selon une gradation des intérêts protégés reviendrait à lier de nouveau le destin de la responsabilité civile à celui du droit pénal, en une sorte de droit pénal civilisé »²¹.

En droit romain, à l'origine, la méthode casuistique considérait de manière distincte chaque délit et les réglait un à un, sans les rassembler toutefois sous une théorie générale de la responsabilité. La matérialité de la responsabilité tendait à s'exprimer à travers des actes formel-

¹⁹ Outre une dimension technique, il est possible de rattacher les raisons d'une extension (sinon une dérive) du droit de la responsabilité civile à la multiplication des droits subjectifs et à leur montée dans la société contemporaine. Avec le développement de l'idéologie indemnitare, et sur la base d'un principe général de responsabilité, la dilution de la notion de préjudice peut s'expliquer par le développement de la théorie des droits subjectifs et leur prise en considération par le droit de la responsabilité civile. Il ne sera pas question, toutefois, de développer sur le concept de droits subjectifs.

²⁰ Voir Francesco Parisi « *Alterum non laedere*: An Intellectual History of Civil Liability » (1994) 39 *Am J Juris* 317.

²¹ Luc Grynbaum, « Faute et intérêt protégé », Série de séminaires sur les droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile sous le thème « Colloque de cloture », présentée au Groupe de recherche européen sur la responsabilité civile et l'assurance, 13 mai 2011 [non publiée], en ligne : <grerca.univ-rennes1.fr>.

lement interdits par la *lex Aquilia*²², qui procédait par énumération de cas d'espèce susceptibles d'engager la responsabilité; « seuls les dommages infligés par *occidere, urere, frangere* ou *rumpere* (tuer, brûler, briser, rompre) étaient soumis à une obligation de réparation »²³. Par un long processus de généralisation puisant ses racines dans la formule du *damnum injuria factum*, qui s'est progressivement transformée en *damnum injuria* et *culpa datum*, c'est-à-dire un « dommage infligé illicitement et fautivement »²⁴, la clause générale de responsabilité, dans son expression moderne²⁵, émerge et demeure l'œuvre de Domat²⁶. La modalité de l'acte disparaît²⁷; « [o]n peut voir dans cette idée de Domat une manifestation de la raison qui transcende une approche pragmatique, mais éclatée »²⁸.

En Europe continentale, un schisme existe entre les ordres juridiques codifiés quant à la place accordée à la nature des intérêts protégés en ma-

²² Voir Bénédicte Winiger, *La responsabilité aquilienne romaine : Damnum iniuria datum*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1997 à la p 99. À titre indicatif, voir aussi P van Wetter, *Pandectes contenant l'histoire du droit romain et la législation de Justinien*, t 3, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1910; Roscoe Pound, *Jurisprudence*, vol 5, St Paul (Minnesota), West Publishing, 1959 aux pp 289-91; Paul Ourliac et Jean de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t 1, 2^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 1969 au para 364; Jean Macqueron, *Histoire des obligations : le droit romain*, 2^e éd, Aix-en-Provence, Association Auguste Dumas, 1975 à la p 303 et s; Guillaume Cardascia, « Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain » dans *La responsabilité à travers les Ages*, 10^e éd, Paris, Economica, 1989 1 aux pp 20-21; Jean-Louis Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992 aux para 192-93; Michel Villey, *Le droit romain : son actualité*, 10^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2002 aux pp 97-100.

²³ Bénédicte Winiger, « Les intérêts protégés par la responsabilité civile », Série de séminaires sur les droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile sous le thème « Les conceptions générales de la matière », présentée au Groupe de recherche européen sur la responsabilité civile et l'assurance, 20 et 21 mars 2009 [non publiée], en ligne : <grerca.univ-rennes1.fr> [Winiger, « Les intérêts protégés »].

²⁴ *Ibid* à la p 1. L'auteur ajoute que cette formule « contient tous les cinq éléments qui formeront la matrice de la responsabilité civile moderne : dommage, acte dommageable, causalité, illicéité et faute » (*ibid*).

²⁵ Malgré une affirmation du principe par l'École du droit naturel, son introduction dans la doctrine française pour en faire un principe à l'origine de règles positives est réalisée par Domat. Voir Olivier Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, LGDJ, 2005 à la p 423.

²⁶ Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t 2, Paris, Jean Baptiste Coignard, 1689-1694 à la p 131 : « Toutes les pertes, & tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne [...] ».

²⁷ On peut penser à la maxime marmoréenne de l'art 1382 C civ — très proche du modèle de Domat — qui se lit ainsi : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

²⁸ Grynbaum, *supra* note 21 à la p 4.

tière de responsabilité civile. La plupart des droits nationaux sont inspirés par l'un ou l'autre des deux systèmes adoptés respectivement au début du XIX^e siècle par le *Code civil* français, qui favorise une approche conceptuelle, et, à l'aube du XX^e siècle, par le *Code civil* allemand, qui présente une méthode casuistique²⁹. Ces deux systèmes, étant issus d'époques, de pensées et de cultures juridiques différentes³⁰, traitent de manière divergente d'un problème similaire :

À l'opposé de la méticulosité qui caractérise le système allemand se trouvent le pathos majestueux et l'élégance de la clause générale de responsabilité du droit délictuel français. La tâche de celui qui applique le droit n'est pas ici de combler des lacunes juridiques, mais de limiter la responsabilité et de préserver, par conséquent, des espaces de liberté d'action³¹.

Il ne faut pas abdiquer néanmoins devant le schisme entre ces deux techniques législatives. Les systèmes français et allemand, dans le domaine de la responsabilité civile, ne sont pas totalement étanches³² et y voir un rapprochement — reconnu ou sous-jacent, conscient ou non, direct ou indirect — ne peut que jeter les fondations d'un droit commun euro-

²⁹ Voir Stephan Lorenz, « La faute et les intérêts protégés (Synthèse) », Série de séminaires sur les droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile sous le thème « Colloque de clôture », présentée au Groupe de recherche européen responsabilité civile et l'assurance, 13 mai 2011 [non publiée], en ligne : <grerca.univ-rennes1.fr>. On peut relever une certaine filiation conceptuelle quant à la technique casuistique adoptée entre le droit romain de la responsabilité, le système juridique germanique et le système anglo-saxon.

³⁰ De façon générale, voir Pier Giuseppe Monateri, « Règles et technique de la définition dans le droit des obligations et des contrats en France et en Allemagne : la synecdoque française » (1984) 36 : 1 RIDC 7 aux pp 9-21; Raymond Legeais, « Droit allemand et droit français au regard des classifications des systèmes juridiques : Essai de contribution à une des méthodes majeures du droit comparé » dans Raymond Legeais, dir, *À la recherche d'un nouveau droit fondamental à travers le droit civil, le droit pénal et le droit comparé*, Paris, Cujas, 2003, 465; Michel Pédamon, « Le Code civil et la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle » dans *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, 803; Gwendoline Lardeux, « Droits civils français et allemand : entre convergence matérielle et opposition intellectuelle » [2006] 1 RRJ 603.

³¹ Lorenz, *supra* note 29 à la p 2.

³² Voir Oliver Berg, « L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française » [2006] 1 RTD civ 53 à la p 62 [Berg, RTD Civ]; Oliver Berg, « L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française » dans Dominique d'Ambra et al, dir, *Le Code civil français en Alsace, en Allemagne et en Belgique : Réflexions sur la circulation des modèles juridiques*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2006, 83 au para 36 [Berg, *Le Code civil français en Alsace, en Allemagne et en Belgique*]. Contra Gabriel Marty, « L'expérience française en matière de responsabilité civile et les enseignements du Droit comparé » dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t 2, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, 173 à la p 174.

péen³³. L'idée de relativité trouve un écho en droit français; un infléchissement de la technique conceptualiste prévaut à cet égard. D'abord, l'idée alémanique de circonscrire les normes et de sanctionner une atteinte spécifique à certains droits n'est pas sans rappeler l'acception de la faute fournie par Marcel Planiol, comme l'inexécution d'une obligation préexistante. Selon cette théorie française³⁴, on doit porter une attention sur la définition et l'énonciation d'obligations concrètes qui s'imposent à tous, afin d'assurer une meilleure délimitation de la protection à l'aune de devoirs davantage précisés. Ensuite, on remarque en droit français de la réparation des dommages une certaine influence de l'idée alémanique de moduler la protection selon la nature de l'intérêt atteint³⁵. L'œuvre développée par Boris Starck en 1947, à l'origine de la théorie de la garantie³⁶, propose une hiérarchie des intérêts fondée sur un besoin social d'indemnisation et une diversification du régime de responsabilité appli-

³³ Voir *PETL*, *supra* note 10; *DCFR*, *supra* note 11.

³⁴ Marcel Planiol, note sous Cass civ, 17 août 1895, (1896) D Jur I 81 :

Il faut donc trouver une autre formule qui exprime exactement les limites nécessaires de la responsabilité des fautes, et qui permette de discerner sûrement si une faute est en relation de cause à effet avec l'accident qu'on prétend en être la conséquence. La vérité est que toute faute est relative, en ce sens que sa portée, comme événement dommageable, est déterminée par les motifs de la règle dont elle est la violation. La faute étant l'inexécution d'un devoir, ceux-là seuls peuvent se plaindre de la faute qui auraient pu exiger l'accomplissement du devoir, et même ils ne peuvent se prétendre lésés que d'une manière relative, c'est-à-dire dans ceux de leurs intérêts que la loi avait voulu protéger. Pour savoir si une faute engendre la responsabilité d'un événement dommageable, il faut donc rechercher si cet événement était du nombre de ceux que la loi voulait empêcher en ordonnant ou en défendant quelque chose. S'abstenir systématiquement de cette recherche serait transformer un simple rapport de simultanéité en un rapport de causalité, et agrandir démesurément, sans utilité et sans raison, l'étendue de la responsabilité des fautes. Il conviendrait donc de s'arrêter à une règle [...] [qui] pourrait être formulée à peu près en ces termes : pour que la contravention à une loi puisse être considérée comme cause d'un accident, il faut que l'ordre ou la défense de la loi ait pour but de protéger les personnes contre le danger qui s'est réalisé.

Voir notamment Sacco, *supra* note 6 aux pp 77-78.

³⁵ Voir Monateri, *supra* note 30 à la p 18.

³⁶ Dans cette conception, il faut reconnaître un droit subjectif à la sécurité des biens et des personnes, de sorte que la seule atteinte à l'intégrité physique donne ouverture à réparation suivant un régime de garantie, indépendamment de toute responsabilité civile. Quant au dommage purement économique ou moral, il convient plutôt de préserver la responsabilité pour faute (voir Boris Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L Rodstein, 1947).

cable aux dommages corporels, aux atteintes aux biens et aux dommages moraux, respectivement³⁷.

Par ailleurs, des tentatives ont été faites, notamment en Belgique, en faveur de la doctrine de la relativité aquilienne. Selon la théorie systématisée par le Procureur général Leclercq, au début du XX^e siècle, tout le système de la responsabilité civile repose sur une proposition essentielle : la seule lésion du droit d'autrui constitue, en elle-même, un fait illicite et donc une faute, lorsqu'elle provient du fait immédiat de l'Homme³⁸. Dans cette acception, on assimile le fait illicite à la lésion du droit d'autrui, laquelle se traduit par l'atteinte au droit à l'intégrité de la personne et du patrimoine³⁹. Cette théorie n'a pas rallié toutefois la doctrine majoritaire, qui s'est montrée très généralement défavorable. En effet, cette conception audacieuse, « heurtant les idées traditionnelles, aurait pour conséquence de bouleverser complètement le régime de la responsabilité, ainsi que toutes les matières qui y sont connexes »⁴⁰. La théorie classique où la faute est une condition distincte de la responsabilité civile, indépendante de la lésion d'un droit, demeure.

Il convient de sonder à présent les mécanismes, développés en droit civil allemand et en common law canadienne, qui circonscrivent les applications de la responsabilité civile.

II. Une exploration de la relativité aquilienne dans le système civiliste allemand et le système de common law canadienne

Les droits allemand et canadien bénéficient de mécanismes qui permettent expressément aux tribunaux de limiter le champ des responsabilités et de nuancer la protection des victimes en fonction de la nature de l'intérêt atteint ou du dommage invoqué. Il importe de s'arrêter tour à tour sur chacun de ces instruments qui commandent, dans le système civiliste allemand, une analyse des intérêts protégés par la norme juridique

³⁷ Voir Geneviève Viney, « Pour ou contre un “principe général” de responsabilité civile pour faute? Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens » dans *Études offertes à Pierre Catala : Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Paris, Litec, 2001, 555 au para 13.

³⁸ Voir Henri de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge : Principes, doctrine, jurisprudence*, t 2, 3^e éd, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1964 au para 935; Roger Pirson et Albert de Villé, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, t 1, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1935 au para 63bis.

³⁹ Voir de Page, *supra* note 38 au para 940bis : « Rappelons que dans la théorie du procureur général Leclercq, la faute subsiste comme élément constitutif de la responsabilité, mais sa notion, sa conception est considérablement simplifiée. La faute consiste, dans cette théorie, à léser le droit d'autrui » [notes omises, italiques dans l'original].

⁴⁰ Pirson et de Villé, *supra* note 38 au para 64.

transgressée (A) et, dans le système de common law canadienne, un examen du *duty of care* inhérent au délit de négligence (B).

A. *Le système civiliste allemand : les intérêts protégés*

En matière de responsabilité délictuelle pour faute prouvée⁴¹, le système allemand propose une conception relative de la responsabilité, par l'ajout de l'illicéité (*Rechtswidrigkeit*⁴²) comme condition supplémentaire au triptyque « faute — lien de causalité — préjudice » dans l'architecture normative du *Code civil* allemand, adopté en 1896, puis entré en vigueur en 1900, à la suite de l'unification des *Länder* allemands⁴³.

L'esprit individualiste du *Code* reflète une époque libérale et capitaliste : le bien-être de la société s'établit par le libre jeu des forces économiques que les interventions étatiques ne doivent nullement entraver; on ne peut compenser tous les types de dommages. Une volonté de ne pas nuire au développement économique prévaut. Plus particulièrement, la structure du *Code*, sa technique adoptée et sa langue traduisent une large influence de l'École des Pandectes et de la *Begriffsjurisprudenz*⁴⁴. À l'image des concepts hérités de la science pandectiste qui s'intègrent dans un système logique, la terminologie employée est rigoureuse et concise; la

⁴¹ Il importe de préciser qu'il existe trois types de responsabilité envisagés par l'art 823 BGB, fondés sur la faute, sur la négligence ou encore sur la violation d'une obligation légale. Voir aussi van Dam, *supra* note 6 à la p 61 et s.

⁴² Voir Klaus EW Fleck, *Dictionnaire de droit français-allemand, allemand-français*, Munich, CH Beck, 2004, *sub verbo* « illicéité ». Le qualificatif « illicite » en langue allemande est *unerlaubt* (Pierre Grappin avec la collaboration de Jean Charue et al, *Grand dictionnaire allemand-français, français-allemand*, Paris, Larousse, 2007, *sub verbo* « illicite »). En revanche, le droit civil québécois n'a pas retenu le concept d'illicéité du droit allemand (Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, vol 1, 7^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007 au para 1-158).

⁴³ Il y a lieu de signaler la réforme la plus importante en Allemagne, celle du droit des obligations, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002. Une telle recodification s'est manifestée par l'entrée de plusieurs institutions jurisprudentielles dans le BGB et l'intégration de lois spéciales. En matière contractuelle, la réforme de 2002 s'est notamment inspirée des Principes du droit européen des contrats (The Commission of European Contract Law, *Principles of European Contract Law: Parts I and II*, La Haye, Kluwer Law International, 2000) et des Principes d'Unidroit (Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, 1^e éd, Rome, Unidroit, 1994). Pour un aperçu, voir Claude Witz, « Pourquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France? » (2002) 54 : 4 RIDC 935.

⁴⁴ Voir Ferrand, *supra* note 14 au para 69. La *Begriffsjurisprudenz* renvoie plus particulièrement à la « jurisprudence des concepts » (voir Volkmar Gessner et Armin Holand, « Orientations théoriques de la sociologie du droit empirique en République fédérale » (1989) *Droit & Société* 139 à la p 140).

langue présente une haute technicité et une nature abstraite et savante⁴⁵. Les règles déclinent des cas types hypothétiques et fédèrent autour d'un principe général des solutions particulières.

La théorie de la relativité aquilienne⁴⁶ (*Lehre vom Schutzzweck der Norm* ou *Schutznormtheorie*) cherche à contenir les règles de la responsabilité civile dans des limites raisonnables : elle doit lutter contre les « excès » de responsabilité et dégager avec précision les limites de la protection⁴⁷. Il ne suffit donc pas que la victime prouve un dommage pour avoir droit à réparation, mais bien que l'intérêt atteint est celui que le devoir violé tendait à protéger⁴⁸. C'est donc envisager l'idée que les règles de droit poursuivent un but; que le fait générateur du droit à réparation a pour point de départ la nature de l'intérêt atteint.

En vertu de l'article 823 BGB, le législateur sanctionne, par une obligation d'indemnisation, des atteintes à un certain nombre de droits (*Rechte*) ou de valeurs (*Rechtsgüter*) spécifiques et jugés fondamentaux. Il énumère des droits absolus d'autrui qui exigent une protection et qui sont logés sous les auspices de la responsabilité civile : la vie, l'intégrité corporelle, la santé, la liberté et la propriété⁴⁹. L'idée de moduler la protection

⁴⁵ Voir Claude Witz, *Droit privé allemand*, Paris, Litec, 1992 aux para 26-31; Ferrand, *supra* note 14 au para 70. Voir aussi Valérie Lasserre-Kiesow, *La technique législative : Étude sur les Codes civils français et allemand*, Paris, LGDJ, 2002.

⁴⁶ Voir Denis-M Philippe, « La théorie de la relativité aquilienne » dans *Mélanges Roger O. Dalcq : Responsabilités et assurances*, Bruxelles, Maison Larcier, 1994, 467; Marc Puech, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973 au para 335-76. Pour une analyse du lien entre illicéité et responsabilité en droit germanique, voir Gabriel Marty, « Illicéité et responsabilité » dans *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, 339. Pour une critique de l'approche germanique, voir Jean Deliyannis, *La notion d'acte illicite, considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952 aux para 73-81; André Tunc, « Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation » (1953) 5 : 1 RIDC 5 aux para 26-30; Joseph Esser, « Responsabilité et garantie dans la nouvelle doctrine allemande des actes illicites » (1961) 13 : 3 RIDC 481; Limpens, *supra* note 17 à la p 559.

⁴⁷ *Ibid* à la p 560.

⁴⁸ Voir Berg, RTD civ, *supra* note 32 à la p 59; Berg, *Le Code civil français en Alsace, en Allemagne et en Belgique*, *supra* note 32 au para 24. Voir aussi Hadi Slim, « Approche comparative de la faute dans la responsabilité civile extra-contractuelle » (2003) 16 : 6 RCA 59 au para 16 [Slim, « Approche comparative »].

⁴⁹ L'art 823, al 1 BGB se lit comme suit : « Quiconque porte illicitement atteinte, intentionnellement ou par imprudence, à la vie, à l'intégrité corporelle, à la santé, à la liberté, au droit de propriété ou à un autre droit d'autrui est tenu envers autrui de réparer le dommage qui en résulte ». Cette traduction française est puisée dans Ferrand, *supra* note 14 au para 367. Voir également Ernest J Schuster, *The Principles of German Civil Law*, Oxford, Clarendon Press, 1907 aux pp 338-40; Arndt Teichmann, « Titre II : Droit

en fonction de la nature de l'intérêt atteint est présente. En ce sens, la seule atteinte à l'un des intérêts juridiques énumérés expressément par la règle fait présumer l'illicéité du fait dommageable. La preuve d'un fait justificatif fait tomber une telle présomption, par exemple la légitime défense, la contrainte ou encore le consentement de la victime.

En cherchant à limiter strictement ces intérêts protégés, on écarte le recours à des formules généralisantes (*clausula generalis*) en matière de responsabilité délictuelle, car dangereuses à plus d'un titre :

[D]'abord parce qu'elles nécessitent des précisions importantes sur la notion d'illicéité, tout dommage causé ne pouvant être systématiquement illicite; ensuite parce qu'elles rendent difficile la détermination du champ des personnes créancières de l'indemnisation (notamment eu égard aux victimes par ricochet)⁵⁰.

Le législateur allemand tempère néanmoins la rigidité d'une telle édicition limitative par la mention générique « un autre droit d'autrui » à la suite de l'énumération des droits et des intérêts précisés à l'alinéa premier de l'article 823 BGB. Il s'agit d'une « soupape de sûreté »⁵¹ qui comble les lacunes des biens juridiquement protégés et permet au juge d'ouvrir ou de fermer le prisme des intérêts protégés. Ces autres droits d'autrui doivent avoir un lien logique avec les intérêts énoncés — ce qui empêche une extension de l'article 823 BGB au point où il vienne à se rapprocher de l'article 1382 du *Code civil* français ou de l'article 1457 du *Code civil du Québec* (CcQ). Suivant une œuvre créatrice jurisprudentielle, le système allemand consacre d'autres droits absolus aux contours flous, tels que les droits de la personnalité, le droit de propriété industrielle et les droits réels.

Le juge allemand doit procéder à un équilibrage des valeurs et intérêts en présence lorsque la victime fait valoir une atteinte à l'un des droits subjectifs. L'article 823 BGB n'est donc pas un exemple de casuistique absolue et le magistrat conserve une marge de manœuvre certaine. Il est permis de s'interroger : cette « petite » clause de responsabilité ne devient-elle pas grande par le seul fait de son interprétation judiciaire et sujette

des obligations » dans Michel Fromont et Alfred Rieg, dir, *Introduction au droit allemand (République fédérale)*, t 3, Paris, Cujas, 1991 69 aux pp 123-24; Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t 2, Paris, Presses Universitaires de France, 2007 à la p 121. À l'origine, l'article 704 BGB prévoyait l'illicéité de l'acte comme l'une des conditions de la responsabilité délictuelle (voir Raymond Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1925 aux pp 365-75).

⁵⁰ Ferrand, *supra* note 14 au para 361. Voir également Lasserre-Kiesow, *supra* note 45 à la p 364.

⁵¹ Viney, *supra* note 2 à la p 5.

aux passions des juges qui usent de la catégorie ouverte « un autre droit » pour remédier à la casuistique initiale?

Si l'alinéa premier de l'article 823 BGB ne fait pas expressément mention de la théorie de la relativité aquilienne, en revanche, son alinéa second l'exprime de manière explicite : l'obligation de réparer le dommage causé ne vise que celui qui viole une disposition protectrice d'autrui. Il se lit ainsi : « La même obligation (de réparer) s'impose à celui qui viole une loi tendant à la protection d'autrui. Si d'après la loi, une violation de cette dernière est possible même sans faute, l'obligation de réparer n'intervient qu'en présence d'une faute »⁵².

Sous l'influence postérieure des droits d'inspiration germanique, la finalité protectrice de la norme connaît une faveur, avec des fortunes variables, et demeure au cœur du droit de la responsabilité civile de la plupart des codes européens⁵³. L'assertion trouve notamment sa vérification dans les droits suisse⁵⁴, turc⁵⁵, italien⁵⁶ et néerlandais⁵⁷. Au sein de tels ré-

⁵² Art 823, al 2 BGB. La traduction française est puisée dans Ferrand, *supra* note 14 au para 378.

⁵³ Voir Francesco D Busnelli, « The European Frontiers of Tort Liability » dans Helmut Koziol et Jaap Spier, dir, *Liber Amicorum Pierre Widmer*, New York, Springer Wein, 2003, 17.

⁵⁴ *Loi fédérale complétant le Code civil suisse*, RS 2 189, 30 mars 1911, art 41, al 1 : « Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer ». Voir aussi Pierre Widmer et Pierre Wessner, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile : Avant-projet de loi fédérale*, 2000, Assemblée fédérale de la Confédération suisse, art 46 : « Est illicite le fait dommageable qui porte atteinte à un droit protégé par l'ordre juridique. Lorsque le fait dommageable consiste dans le comportement d'une personne, celui-ci est illicite s'il est contraire à une injonction ou à une interdiction de l'ordre juridique, au principe de la bonne foi ou à un devoir contractuel ». Pour un commentaire à ce sujet, voir Pierre Widmer et Pierre Wessner, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile : Rapport explicatif*, 2000, en ligne : <www.ejpd.admin.ch>.

⁵⁵ *Türk Borçlar Kanunu*, art 41, al 1 énonce que celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer. À titre indicatif, voir Selim Kaneti, « Les grandes lignes de la responsabilité extracontractuelle en droit civil turc » (1972) 24 : 3 RIDC 629.

⁵⁶ *Codice Civile e leggi complementari*, art 2043 édicte que tout fait intentionnel ou étant l'effet d'une légèreté d'esprit coupable, qui cause un dommage injuste à autrui, oblige celui qui l'a commis à le réparer.

⁵⁷ *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek Het Vermogensrecht* [Nouveau Code civil néerlandais : Le droit patrimonial], traduit par PPC Haanappel et Ejan Mackaay sous l'auspice du Ministère de la Justice des Pays-Bas, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, art 162 :

1. Celui qui commet envers autrui un acte illicite pouvant lui être imputé est tenu de réparer le dommage que ce dernier en subit.

gimes juridiques, tous les droits et tous les intérêts ne reçoivent pas la même protection par les règles de la responsabilité civile.

Il est intéressant de sonder la présence de l'illicéité comme facteur limitatif de responsabilité civile en common law. L'appréhension de l'illicéité dans la common law révèle, outre des mécanismes propres à restreindre le champ d'application de la responsabilité civile à travers le délit de négligence, une analyse axée sur les droits protégés de la victime ou, plus largement, sur l'idée d'interférence des droits par une approche synchrétique articulée à la fois autour de l'auteur responsable et de la victime.

B. Le système de common law canadienne : le délit de négligence et le duty of care

En matière de responsabilité délictuelle fondée sur la négligence⁵⁸, l'existence d'un devoir de prudence (*duty of care*) préexistant à l'action doit être établie dans chacun des cas d'espèce. D'emblée, il importe de distinguer ce premier élément constitutif du délit de négligence de la transgression du devoir de prudence déterminée à l'aune d'une norme de diligence, laquelle est commune à toutes les expériences à travers le concept de personne raisonnable (*breach of the standard of care*)⁵⁹. Une telle

2. Sont réputés illicites, sauf fait justificatif, l'atteinte à un droit ainsi que l'acte ou l'omission contraire à un devoir légal ou à une règle non écrite qui énonce ce qui est convenable dans le commerce social.

3. L'acte illicite est imputable à l'auteur s'il résulte de sa faute ou d'une cause dont il doit répondre en vertu de la loi ou suivant l'opinion généralement admise.

Il faut considérer également l'article 163 portant sur l'obligation de réparation : « L'obligation de réparation n'existe pas lorsque la norme transgressée n'a pas pour objet la protection contre le dommage tel que la personne lésée l'a subi » (*ibid*).

⁵⁸ Nous confinons notre examen de la common law canadienne au délit de négligence, lequel coexiste auprès de certains délits intentionnels nommés, que l'on pense aux délits de *trespass*, *nuisance*, *conversion*, *defamation* (*libel-slander*), *invasion of privacy*, *economic torts*, *deceit*, *fraud* ou *fraudulent misrepresentation*. La fragmentation actuelle du droit des délits en plusieurs causes d'action distinctes et son évolution moderne laisse entrevoir sa flexibilité et sa capacité remarquable de s'adapter aux changements sociaux. La common law canadienne n'est pas figée et de nouvelles causes d'action font leur apparition, telles que le délit intentionnel d'*intrusion upon seclusion*, reconnu par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Jones v Tsige*, 2012 ONCA 32, 346 DLR (4^e) 34.

⁵⁹ La violation du devoir de prudence (*breach of duty*) s'apprécie en confrontant le comportement du défendeur par rapport au *standard of care*, selon la ligne de conduite qu'il aurait dû adopter dans les circonstances où il se trouvait, jaugée à l'aune de la personne raisonnable. Voir Allen M Linden, *La responsabilité civile délictuelle*, vol 1, 6^e éd, Ottawa, Centre franco-ontarien de ressources pédagogiques, 2001 à la p 311 et s; Allen M Linden et Bruce Feldthusen, *Canadian Tort Law*, 8^e éd, Markham (On), LexisNexis Butterworths, 2006 à la p 285 et s. Pour une description, peut-être la plus complète et la

norme de la personne raisonnable s'apparente sans conteste avec celle adoptée en droit civil québécois afin de juger s'il y a eu transgression du devoir de prudence et de diligence, qui renvoie au « bon père de famille » ou au syntagme contemporain de « personne raisonnable ». Dans les deux traditions juridiques, l'homme raisonnable est, de façon générale, un individu moyen, c'est-à-dire celui qui ne possède pas un courage achilléen, ni une force herculéenne. L'utilisation de ce critère abstrait et fictif, soit une norme objective, est nécessaire pour déterminer comment une personne raisonnable, d'intelligence moyenne et dont les valeurs morales correspondent à celles d'une personne ordinaire, logée dans la même situation au moment de l'acte négligent, se serait comportée.

L'existence d'un devoir de prudence préalable à toute responsabilité pour négligence, en common law, n'est pas véritablement originale en droit québécois. L'idée d'une « obligation préexistante »⁶⁰ propre à une conception planiolienne ou d'un devoir de bonne conduite n'est pas inconnue du législateur québécois; la faute pouvant être définie comme la transgression du « devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui »⁶¹. La singularité de la common law est de concevoir le devoir de prudence comme un élément distinct de la faute et de lui donner une portée ignorée du droit québécois : relative et non absolue. En effet, les tribunaux exigent que, préalablement à un examen de la responsabilité pour négligence, une obligation de faire preuve de soin prévale. La partie demanderesse doit ainsi établir l'existence à son profit et à charge du défendeur d'un devoir de prudence, avant de prouver qu'il y a eu violation de la diligence raisonnable⁶².

L'idée de relativité est sous-jacente au devoir de prudence. Elle représente un mécanisme de contrôle à la disposition des tribunaux qui maintient la portée de la cause d'action en négligence dans des frontières définies⁶³. Une limitation de la responsabilité pour négligence peut être opérée

plus exacte de l'individu raisonnable dans la jurisprudence canadienne, voir *Arland v Taylor*, [1955] OR 131 aux pp 141-43, 3 DLR 358 (CA Ont), juge Laidlaw.

⁶⁰ Planiol, *supra* note 34.

⁶¹ Art 1457, al 1 CcQ.

⁶² Voir WW Buckland, « The Duty to Take Care » (1935) 51 : 4 Law Q Rev 637; TW Price, « The Conception of "Duty of Care" in the *Actio Legis Aquiliae* – (Continued) » (1949) 66 : 3 SALJ 269.

⁶³ Voir Louise Bélanger-Hardy, « Les délits » dans Louise Bélanger-Hardy et Aline Grenon, dir, *Éléments de common law canadienne : Comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson Carswell, 2008, 347 à la p 384. Voir aussi JG Fleming, « Remoteness and Duty: The Control Devices in Liability for Negligence » (1953) 31 : 5 R du B can 471 à la p 474.

rée suivant une classification axée notamment sur les caractéristiques propres aux parties⁶⁴, le type d'activités qu'elles exercent⁶⁵ ou encore le genre de préjudice visé⁶⁶. Bien plus, l'obligation de diligence circonscrit le spectre de la responsabilité délictuelle — en principe illimité — au moyen de considérations de politique sociale, juridique et économique afin de ne pas retenir la responsabilité d'un individu dans les cas où cela conduirait à des résultats qui ne seraient ni équitables, ni justes, ni raisonnables.

En l'absence de toute disposition légale d'un code civil qui clarifie expressément l'existence d'un tel devoir envers autrui⁶⁷, le tribunal doit rechercher s'il y a un devoir d'agir avec diligence et prudence envers autrui, selon chaque cas d'espèce. Cette question de droit, relevant de la compétence exclusive du juge, permet d'assurer un contrôle sur l'issue du litige et de compenser notamment le manque d'objectivité des jurys et leur propension à donner satisfaction aux victimes dans des affaires où une demande apparaît manifestement non fondée. Dans des circonstances nouvelles, la cour doit établir s'il est indiqué, voire souhaitable, de reconnaître une telle obligation, compte tenu des conséquences sociales et économiques qui peuvent éventuellement s'ensuivre⁶⁸.

⁶⁴ Dans une cause d'action fondée sur la négligence, les caractéristiques des parties peuvent avoir une influence significative sur le devoir de prudence, que ce soit des personnes à naître, des sauveteurs, des autorités publiques ou encore des occupants.

⁶⁵ Dans une cause d'action fondée sur la négligence, la nature de l'acte reproché peut avoir une influence significative sur le devoir de prudence. Il peut s'agir notamment de l'obligation de porter secours à autrui, l'obligation de contrôler le comportement d'autrui, l'obligation d'agir pour assurer la sécurité d'autrui, l'obligation de donner suite à un engagement à titre gratuit et l'obligation de divulgation.

⁶⁶ Dans une cause d'action fondée sur la négligence, la nature du préjudice peut avoir une influence significative sur le devoir de prudence, puisque la common law ne place pas tous les types de préjudices sur un même pied d'égalité, le préjudice corporel occupant la première place. Deux cas apparaissent plus délicats et nécessitent un régime particulier d'application, soit les pertes morales, de nature émotionnelle, psychiatrique ou psychologique, et les pertes purement économiques. Pour une étude exhaustive du préjudice économique pur, voir notamment Bruce Feldthusen, *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, Toronto, Carswell, 2012.

⁶⁷ Voir Nathalie Vézina, « The Law of Civil Liability » dans Aline Grenon et Louise Bélanger-Hardy, dir, *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with the Common Law of Canada*, Toronto, Thomson Carswell, 2008 325 à la p 355 : *The existence of such duty [in the first paragraph of article 1457] is reminiscent of the concept of "duty of care" in the tort of negligence at common law.*

⁶⁸ Par exemple, dans l'arrêt *Dobson (Tuteur à l'instance de) c Dobson*, [1999] 2 RCS 753, 174 DLR (4^e) 1, la Cour suprême s'est questionnée sur la reconnaissance judiciaire d'une obligation légale de diligence pesant sur la femme enceinte à l'égard du fœtus qu'elle porte ou de l'enfant auquel elle donnera naissance. Pour ce faire, un critère à deux volets doit être respecté : d'une part, la formation de relations suffisamment étroites pour donner naissance à l'obligation de diligence et, d'autre part, l'inexistence

Le cadre d'analyse du devoir de prudence et de diligence constitue une entreprise judiciaire qui n'est certes pas exempte de difficultés⁶⁹. L'arrêt *Donoghue v. Stevenson*⁷⁰ a jeté les bases d'une approche fondée sur un principe d'application générale qui était essentiellement une indication de la direction à suivre pour les tribunaux. Le critère du prochain (*neighbour principle*), dégagé dans un *obiter dictum* de Lord Atkin, se formule ainsi : « [Q]ui donc, au regard de la loi, est mon prochain[?] [I]l semble que la réponse soit celle-ci : les personnes que mon acte touche si directement que je devrais raisonnablement envisager que l'action ou l'omission considérée est susceptible de les toucher ainsi »⁷¹.

Cette formule du prochain a été interprétée, quelques cinquante ans plus tard, en mai 1977, dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*⁷². Afin de fournir une structure davantage précisée au principe du prochain, Lord Wilberforce a énoncé un questionnement à deux temps, comme critère pour le devoir de prudence. Dans un premier temps, il faut déterminer s'il existe entre l'auteur potentiel du dommage et la victime une « proximité suffisante pour que le premier eût dû raisonnablement penser qu'un manque de soin de sa part était susceptible de causer un préjudice à la seconde »⁷³. L'existence d'un devoir de prudence est alors présumée, sous réserve d'une preuve contraire. Si la réponse à la première question est affirmative, il convient, dans un second temps, de relever s'il existe « des éléments créant une dérogation au devoir en question

de motifs touchant la politique publique pour justifier le rejet de cette obligation de diligence. Voir aussi *Kamloops (Ville de) c Nielsen*, [1984] 2 RCS 2, 10 DLR (4e) 641 [Kamloops].

⁶⁹ Au sujet des principaux jalons de la croissance de l'obligation de diligence au XX^e siècle, voir Lewis Klar, « L'obligation de diligence en droit des délits civils : bilan et perspective » dans Pierre Legrand Jr, dir, *Common law : d'un siècle l'autre*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1992, 209.

⁷⁰ [1932] AC 562, All ER Rep 1 (HL (Scot)) [*Donoghue*]. Ce principe a été confirmé dans *Bourhill v Young*, [1943] AC 92 (HL (Scot)). Pour des illustrations contemporaines de l'arrêt *Donoghue*, voir notamment *Childs c Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 RCS 643; *Syl Apps Secure Treatment Centre c BD*, 2007 CSC 38, [2007] 3 RCS 83; *Hill c Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 RCS 129; *Design Services Ltd c Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 RCS 737; *Mustapha c Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 RCS 114; *Fulowka c Pinkerton's of Canada Ltd*, 2010 CSC 5, [2010] 1 RCS 132.

⁷¹ *Donoghue*, *supra* note 70 à la p 580 [traduction française du Centre de traduction et de terminologie juridiques de Moncton puisée dans Linden, *supra* note 59 à la p 313].

⁷² (1977), [1978] AC 728, [1977] 2 All ER 492 (HL (Eng)) [*Anns*]. Pour des applications significatives de l'arrêt *Anns*, voir *Kamloops*, *supra* note 68; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c Norsk Pacific Steamship Co*, [1992] 1 RCS 1021, 91 DLR (4e) 289; *Hercules Managements Ltd c Ernst & Young*, [1997] 2 RCS 165, 146 DLR (4e) 577.

⁷³ *Anns*, *supra* note 72 aux pp 751-52 [traduction française du Centre de traduction et de terminologie juridiques de Moncton puisée dans Linden, *supra* note 59 à la p 313].

ou ayant pour effet de limiter son champ d'application, les personnes à l'égard desquelles il s'applique ou encore les dommages-intérêts auxquels sa violation peut donner lieu »⁷⁴.

Dans la jurisprudence canadienne, il faut attendre en 2001 l'arrêt *Cooper c. Hobart*⁷⁵, construit à partir des prémisses de *Anns*. D'un point de vue de la méthodologie et de la clarté du droit, cet arrêt identifie ce qui doit être examiné à chacune des étapes du critère de *Anns* comme suit :

À la première étape du critère de l'arrêt *Anns*, deux questions se posent : (1) le préjudice subi était-il la conséquence prévisible de l'acte du défendeur; (2) malgré la proximité des parties qui a été établie dans la première partie de ce critère, existe-t-il des motifs pour lesquels la responsabilité délictuelle ne devrait pas être engagée en l'espèce? L'analyse relative à la proximité que comporte la première étape du critère de l'arrêt *Anns* met l'accent sur les facteurs découlant du lien existant entre la demanderesse et le défendeur. Ces facteurs comprennent des questions de politique, ce terme étant pris dans son sens large. Si l'on fait la preuve de la prévisibilité et de la proximité à la première étape, il y a une obligation de diligence *prima facie*. À la deuxième étape du critère de l'arrêt *Anns* il reste toujours à trancher la question de savoir s'il existe des considérations politiques étrangères au lien existant entre les parties qui sont susceptibles d'écarter l'obligation de diligence⁷⁶ [caractères soulignés dans le texte].

Des considérations relationnelles entre les parties⁷⁷ doivent être prises en compte pour déterminer s'il existe une relation découlant d'une obligation suffisante pour justifier l'indemnisation. S'y juxtaposent des considérations de politique générale, à savoir si l'extension de l'indemnisation est souhaitable au regard de la politique sociale, économique et juridique. Ces dernières portent sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général⁷⁸. Il est notamment à propos de jauger le risque

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ 2001 CSC 79, [2001] 3 RCS 537 [*Cooper*]. Pour des commentaires doctrinaux, voir notamment Nicholas Rafferty, « Developments in Contract and Tort Law: the 2001-2002 Term » (2002) 18 Sup Ct L Rev (2^e) 153; Lewis Klar, « Foreseeability, Proximity and Policy » (2001-2002) 25 : 3 *Advocates' Q* 360; Stephen GA Pitel, « A Reformulated *Anns* Test for Canada » (2002) 10 : 1 *Tort Law Review* 10; Christine J Glazer, « Does Big Brother Have a Neighbour? Regulatory Bodies and the Duty of Care » (2002) *Annual Review of Civil Litigation* 213.

⁷⁶ *Cooper*, *supra* note 75 au para 30.

⁷⁷ Les considérations relationnelles renvoient aux liens étroits entre les parties, que ce soit la prévisibilité et la proximité des parties, de nature factuelle ou circonstancielle. On peut également prendre en compte les attentes et la confiance qui prévalent entre les parties.

⁷⁸ Voir *Cooper*, *supra* note 75 au para 37.

d'une avalanche de poursuites, ainsi que le danger d'une responsabilité illimitée.

Avec la pierre angulaire du régime relatif à la négligence posée par *Donoghue*, la cristallisation du principe du prochain par l'arrêt *Anns*, et son cisèlement, au Canada, dans l'affaire *Cooper*, le devoir de prudence est appelé à évoluer en common law (mais différemment, selon les systèmes)⁷⁹.

À l'instar du devoir de prudence, la causalité juridique⁸⁰ (*remoteness* ou *proximate cause*) permet de circonscrire le champ d'application de la responsabilité délictuelle pour le délit de négligence en common law. Ce type de causalité, qui peut se traduire par l'exigence du caractère direct du dommage dans le système civiliste québécois⁸¹, doit se distinguer impérativement de la causalité factuelle (*causation*)⁸².

De façon générale, la causalité juridique est un facteur qui restreint la portée de la responsabilité, que ce soit par la détermination des personnes pouvant obtenir réparation que des dommages pour lesquels un droit leur est reconnu⁸³. En effet, un tribunal doit conclure à l'absence de responsabilité si le dommage est perçu comme trop éloigné. Le défendeur n'est pas

⁷⁹ Pour des commentaires portant sur l'avenir du droit de la négligence et du devoir de prudence, voir notamment Louise Bélanger-Hardy, « Négligence et obligation de diligence : 40 ans d'évolution » (2006) 40^e anniversaire RD Ottawa 27.

⁸⁰ Il faut prendre soin de distinguer la causalité juridique et la causalité factuelle (*causation*). La causalité factuelle permet de savoir si un dommage résulte véritablement de l'acte du défendeur : « La causalité est une expression du rapport qui doit être constaté entre l'acte délictueux et le préjudice subi par la victime pour justifier l'indemnisation de celle-ci par l'auteur de l'acte délictueux » (*Snell c Farrell*, [1990] 2 RCS 311 à la p 326, 72 DLR (4^e) 289). Le critère pour vérifier s'il y a un lien de causalité suffisant consiste à jauger, selon la prépondérance des probabilités, si le préjudice serait survenu sans l'acte fautif de la partie défenderesse. Autrement dit, n'eût été l'acte ou l'omission reprochés, le préjudice serait-il survenu?

⁸¹ Voir art 1607 CcQ. Par exemple, si les dépens constituent un chef de préjudice admissible à réparation (art 477 Cpc), les honoraires extrajudiciaires (art 54.4 Cpc) ne sont pas admissibles à compensation, sous réserve d'un abus du droit d'ester en justice. Voir *Viel c Entreprises immobilières du terroir ltée*, [2002] RJQ 1262 aux para 76-77, 2002 RDI 241 (CA Qc).

⁸² Il est également nécessaire de considérer le critère de prévisibilité en matière contractuelle (art 1613 CcQ).

⁸³ Voir JG Fleming, « Remoteness and Duty: The Control Devices in Liability for Negligence » (1953) 31:5 R du B can 471 à la p 477; C Covac, JC Smith et Joan Rush, « "Out of the Maze": Towards a "Clear Understanding" of the Test of Remoteness of Damages in Negligence » (1983) 61 : 3 R du B can 559.

nécessairement responsable de toutes les conséquences de sa conduite. Il doit y avoir une proximité causale⁸⁴.

Plus particulièrement, aux États-Unis, l'expression contemporaine *scope of liability*⁸⁵ peut se juxtaposer au *duty of care* afin de limiter la responsabilité. Les deux mécanismes obéissent néanmoins à des prédicats distincts et correspondent à des sphères d'application propres. On peut prendre pour illustration l'arrêt de principe *Palsgraf v. Long Island Railroad Co*⁸⁶, lequel révèle une potentielle interchangeabilité des notions de *duty of care* et de *proximate cause* ou *scope of liability*.

Dans cette affaire, deux voyageurs se sont élançés sur le quai au moment où un train s'ébranlait et, avec l'aide de deux employés, sont parvenus à monter dans ce train en marche. Malgré l'imprudence des voyageurs et des employés, aucun n'a été blessé. Toutefois, de façon involontaire, l'un des employés a fait tomber un petit paquet enveloppé de journal, que le second voyageur avait sous bras. Ce paquet contenait des artifices, dont l'explosion a renversé une balance à quelque distance de là et a blessé la partie demanderesse qui était sur le quai. La question consistait à déterminer si la victime pouvait réclamer une indemnité à la compagnie de chemins de fer. La Cour d'appel de New York, par une majorité de quatre voix contre trois, lui a refusé ce droit. Le juge Cardozo et la majorité ont envisagé le problème sous l'angle du *duty of care*. Ils ont conclu à l'absence de prévisibilité raisonnable et de caractère relationnel des parties pour justifier la présence d'une obligation de diligence à l'endroit de la

⁸⁴ En common law américaine, sur la notion de *proximate cause*, voir W Page Keeton et al, dir, *Prosser and Keeton on The Law of Torts*, 5^e éd, St Paul (Minnesota), West Publishing, 1984 aux pp 263-72; Stuart M Speiser, Charles F Krause et Alfred W Gans, *The American Law of Torts*, vol 3, St Paul (Minnesota), Thomson Reuters/West, 2008-2009 à la p 51 et s; Dan B Dobbs, Paul T Hayden et Ellen M Bublick, *The Law of Torts*, vol 1, 2^e éd, St Paul (Minnesota), West, 2011 aux pp 681-82. Voir aussi *Restatement (Third) of the Law of Torts* § 29-e (2005) :

Limiting liability to harm arising from the risks created by the tortious conduct has the virtue of relative simplicity. It also provides a more refined analytical standard than a foreseeability standard or an amorphous direct consequences test. Furthermore, the standard [...] imposes limits on liability by reference to the reasons for holding an actor liable for tortious conduct in the first place. The risk standard appeals to intuitive notions of fairness and proportionality by limiting liability to harms that result from risks created by the actor's wrongful conduct, but for no others. It also provides sufficient flexibility to accommodate fairness concerns raised by the specific facts of a case.

⁸⁵ Un changement terminologique tend à favoriser l'expression *scope of liability* par rapport à celle de *proximate cause*. Voir *Restatement (Third) of the Law of Torts* § 29 ([a]n actor's liability is limited to those harms that result from the risks that made the actor's conduct tortious); Dobbs, Hayden et Bublick, *supra* note 84 aux pp 680-81.

⁸⁶ 248 NY 339, 162 NE 99 (Ct App 1928) [*Palsgraf*]. Pour un commentaire de cet arrêt, voir par ex Tunc, *supra* note 46 au para 8 et s.

victime. Pour leur part, le juge Andrews et la dissidence ont privilégié la *proximate cause*. Le dommage qui exige réparation est « seulement celui qui trouve dans la faute sa “cause prochaine” »⁸⁷; en l'espèce, le dommage subi ne peut être compensé.

De l'examen de ces mécanismes qui comportent chacun des avantages propres⁸⁸, des auteurs écrivent ce qui suit :

Courts sometimes limit the liability of a negligent defendant by holding that the defendant owes no duty to to plaintiff, or that the defendant owes only a duty not to be grossly or wantonly negligent. Scope of liability or proximate cause rules also protect negligent defendants, so the limited duty rules and the “proximate cause” rules have something in common. In fact, some courts will use the language of proximate cause to resolve some cases that other courts might resolve in the language of duty. The duty and scope of liability analyses are not, however, usefully interchangeable, even though either might get the other’s result. First, whether a duty is owed is a question of law, while the scope of liability issue is for the jury. Second, duty rules are classically categorical and abstract; they cover a class or category of cases, where scope of liability or proximate cause decisions are quite fact-specific rather than categorical ⁸⁹.

C. La finalité convergente du système civiliste allemand et de la common law canadienne : limiter le spectre de la responsabilité

En raison de son impact restrictif en matière de responsabilité délictuelle pour négligence, il est opportun de relever un rapprochement entre la nécessité d'établir l'existence d'un *duty of care* en common law et la *Schutznormtheorie*⁹⁰ qui existe dans les systèmes continentaux d'origine alémanique.

Une constante demeure entre ces systèmes, dominés par le souci de limiter le champ des responsabilités. L'appréciation de la responsabilité *stricto sensu* paraît comme étant, théoriquement du moins, tributaire d'une condition préalable : l'existence d'une relation particulière entre l'auteur et la victime en common law et une atteinte à un intérêt spécifiquement protégé en droit allemand⁹¹.

⁸⁷ *Palsgraf*, *supra* note 86 au para 10 puisée dans Tunc, *supra* note 46 à la p 13.

⁸⁸ Voir *Restatement (Third) of the Law of Torts* § 29-a (2005).

⁸⁹ Dobbs, Hayden et Bublick, *supra* note 84 aux pp 690-91.

⁹⁰ Voir art 823 BGB.

⁹¹ Voir Slim, « Approche comparative », *supra* note 48 au para 21. Voir aussi Limpens, Kruithof et Meinertzhagen, *supra* note 6 au para 2-83; Zweigert et Kötz, *supra* note 6 aux pp 605-15; David Howarth, « The General Conditions of Unlawfulness » dans Arthur S Hartkamp et al, dir, *Towards a European Civil Code*, 4^e éd, Alphen aan den Rijn

À l'appui, des auteurs de l'*International Encyclopedia of Comparative Law* précisent ceci :

Similarly, the lawyers of the COMMON LAW countries have used their own methods to achieve practically the same results as those reached in certain CONTINENTAL legal systems. The theory of relative liability has reached its most spectacular development in the torts of negligence and breach of statutory duty.

On the one hand, the tort of negligence does not apply to persons in general, but applies only to those persons towards whom the person doing the damage owed a duty of care. On the other hand, the tort of breach of statutory duty does not confer general protection on all persons against any kind of damage, but only protects those persons that the statute in question was designed to protect, and only against the kind of damage that the statute had in mind. Obviously this is very similar to the GERMAN Normzwecktheorie [notes omises]⁹².

Certes, le droit civil allemand et la common law canadienne emploient des mécanismes distincts, mais ceux-ci convergent vers un résultat similaire : réduire le spectre de la responsabilité. De tels outils se révèlent à travers le prisme des intérêts protégés, dont la vie, l'intégrité corporelle, la santé, la liberté et la propriété, édictés au premier alinéa de l'article 823 BGB. Ils peuvent également se manifester par l'exigence d'un devoir de prudence pour le délit de négligence en common law canadienne. En effet, la relativité que véhicule ce mécanisme est double; ce n'est pas sans rappeler la relativité aquilienne dans les droits d'origine alémanique. À une relativité *matérielle*, sur les dommages visés par le devoir de prudence, se juxtapose une relativité *personnelle*, sur les personnes protégées par ce devoir⁹³.

Cette perspective exploratoire de la relativité aquilienne dans les systèmes casuistiques allemand et de common law canadienne jette les bases pour évaluer si cette doctrine peut être reçue en droit civil du Québec. Héritier de la codification napoléonienne, le système civiliste québécois s'inscrit dans les traces du droit français de la responsabilité civile et de sa tradition essentiellement conceptualiste⁹⁴.

(Pays-Bas), Nijmegen (Pays-Bas); Kluwer Law International, Lars Aequi Libri, 2011, 845 aux pp 845-46; van Dam, *supra* note 6 aux pp 142-43.

⁹² Limpens, Kruithof et Meinertzhagen, *supra* note 6 au para 2-145.

⁹³ Nous avons traité préalablement de la distinction entre la relativité *matérielle*, qui vise les types de préjudice réparable, et la relativité *personnelle*, qui cible les personnes admises à demander réparation. Voir *supra* note 18.

⁹⁴ Voir Jean Pineau et Monique Ouellette, *Théorie de la responsabilité civile*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 1980 aux pp 41-42 :

Comment savoir si tel acte est répréhensible ou non? On pourrait imaginer que le législateur dresse une liste de ces actes qu'il estime répréhensibles :

Le principe général demeure, comme l'énonce Portalis : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière »⁹⁵. On accorde une large place aux concepts généraux, souples, plastiques, au contenu variable et destinés à se moduler selon les circonstances mouvantes de la vie sociale. D'ailleurs, l'énoncé général demeure « un palladium contre l'inflexibilité de la casuistique »⁹⁶.

On peut questionner l'adéquation du système juridique civiliste québécois à la technique conceptualiste qui contribue ou non à sa reconnaissance : y a-t-il une incompatibilité catégorique entre la technique casuistique et la technique conceptualiste propre à compliquer la réception de cette doctrine qui opère par l'illicéité? À l'instar de David Howarth, il est possible de s'interroger : *How can a Code escape this dilemma: either use a concept such as unlawfulness and risk meaningfulness or inflexibility, or refuse to use such a concept and risk incoherence or deception?*⁹⁷

Il ne faut pas abdiquer néanmoins devant le schisme entre les techniques législatives conceptualiste et casuistique qui structurent les systèmes juridiques⁹⁸, lesquels ne sont pas totalement étanches. Face à une inflation des préjudices réparables, des forces de contraction (dans les systèmes conceptualistes) et des forces d'expansion (dans les systèmes casuistiques) sont à l'œuvre.

c'est ce qu'a connu le droit romain. Seul le préjudice résultant d'un acte figurant dans la « liste » pourrait faire l'objet d'une réparation. [...]

Mais on peut aussi concevoir l'énoncé d'un principe général, d'un critère général de distinction entre l'acte qui est répréhensible et celui qui ne l'est pas. C'est le système choisi par le législateur français, puis le législateur québécois : sera réparable le dommage résultant d'un acte fautif de la part de son auteur. En d'autres termes, l'auteur d'un dommage n'aura l'obligation de réparer que si le dommage est le résultat de sa faute.

⁹⁵ Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris, Confluences, 1999 à la p 19.

⁹⁶ Voir Lasserre-Kiesow, *supra* note 45 à la p 364.

⁹⁷ Howarth, *supra* note 91 à la p 879.

⁹⁸ On peut prendre pour exemple une confrontation de l'unité de la responsabilité civile et de la pluralité des délits en common law. Voir Pierre Catala et John Antony Weir, « Delict And Torts: a Study in Parallel » (1965) 39 : 4 Tul L Rev 701 à la p 781 :

The systems look very different [...]. In France the law is laid out as a gloss on a central text, and a rule is found as easily and pleasantly as a flower in a formal garden set out along the path of principle. Not so in England, where one has to hack a way through a jungle of torts to find the relevant rule; once found, however, it is easier to apply, since it is at a lower level of abstraction.

Si une limitation des indemnisations par l'adoption d'une liste des intérêts protégés apparaît notamment comme un facteur d'ordre, il est toutefois possible de relever une perte d'unité de la responsabilité, d'un principe directeur.

Devant le parti pris d'indifférence postulé à l'égard de la nature du dommage ou de l'identité de la victime en droit civil québécois, on peut s'interroger sur un infléchissement de la technique conceptualiste, sans pourtant prononcer son déclin. De fait, le principe général édicté à l'article 1457 CcQ et son approche unitaire sont tempérés par l'existence de certains facteurs propres à restreindre le champ d'application de la responsabilité civile.

III. Pour une reconnaissance de la relativité aquilienne dans le système civiliste québécois?

D'entrée de jeu, il convient de sonder la volonté de faire appel à la théorie de la relativité aquilienne en droit québécois de la responsabilité civile (A). Il s'agit plus d'une préférence culturelle que d'un problème technique : est-il opportun d'admettre de façon libérale un catalogue vaste de dommages ou de favoriser une attitude plus pragmatique? Le cas échéant, il faut évaluer la technique à adopter afin de circonscrire les cas d'application de la responsabilité (B).

A. *La volonté d'adopter une conception relative de la responsabilité*

Dans le domaine extracontractuel, le principe général qui encadre la conduite de tout individu s'exprime à l'alinéa premier de l'article 1457 CcQ : « Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui ». On peut proposer deux lectures qui apparaissent équipollentes *a priori*, bien qu'elles divergent selon que l'accent est placé sur le comportement ou le préjudice : « toute personne a le devoir de bonne conduite de manière à ne pas causer de dommage à autrui » et « toute personne a le devoir de ne pas causer de dommage à autrui par sa bonne conduite ».

L'article 1457 CcQ édicte une clause générale de responsabilité civile pour son fait personnel⁹⁹. La règle suivant laquelle « tout ce qui n'est pas

⁹⁹ Pour une double acception de la responsabilité civile extracontractuelle envisagée comme une « responsabilité–source » et une « responsabilité–sanction », voir Serge Gaudet et Jean Pineau, « La responsabilité légale : face cachée de la responsabilité extracontractuelle » dans Benoît Moore, dir, *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, 751 aux pp 756-61.

explicitement interdit est permis » ne trouve pas application. Il n'est pas question, en effet, d'envisager le droit de la responsabilité civile comme un ensemble de règles qui protègent certains droits ou intérêts à l'exclusion d'autres. Une hésitation sur la hiérarchie des intérêts à protéger ou encore un parti pris d'indifférence à l'égard de la nature du dommage tient à la formulation large de la disposition législative.

Il s'agit d'une approche unitaire qui conduit à protéger tous les droits et les intérêts; elle repousse toute différenciation entre les préjudices sur la base du principe de la réparation intégrale¹⁰⁰. Une conception large du dommage domine, sous réserve des caractères requis à l'admissibilité du préjudice¹⁰¹.

En droit québécois, on peut relever néanmoins une politique de protection de la personne humaine sur les plans physique et moral¹⁰². Une protection renforcée de certains intérêts prévaut en ce sens. Si l'on sonde la substance du préjudice et l'examen des droits et intérêts en présence, il est possible de signaler que l'intégrité physique et psychique représente une valeur primordiale à préserver¹⁰³. L'article 3 CcQ renvoie à la vie, à

¹⁰⁰ Voir art 1611, al 1 CcQ. Pour une réitération du principe de la réparation intégrale, qui exige que l'auteur de la faute prenne la victime dans l'état dans lequel elle se trouvait au moment où le dommage a été causé (*thin skull rule*), voir notamment *DL c RLc, succession*, 2010 QCCS 2077, [2010] RRA 677. Voir la critique formulée dans Daniel Jutras, « Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing ? » (1986-87) 12 : 3 *Can Bus LJ* 295 aux pp 310-11.

¹⁰¹ Ce n'est pas le contenu du dommage que le législateur québécois circonscrit, mais bien les conditions de son appréciation pour être admissible à réparation (voir art 1607 et s CcQ).

¹⁰² Voir Jean Pineau, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec » (1992) 71 : 3 *R du B can* 423 aux pp 434-35 :

Il ne fait aucun doute que la primauté de la personne est une préoccupation majeure : le livre premier, consacré aux « Personnes », est précédé de la disposition préliminaire qui réfère à la *Charte des droits et libertés de la personne*, avec laquelle le Code se veut être en harmonie. Il n'y avait donc pas lieu de répéter, dans le Code, toutes les dispositions de la Charte, même s'il fut jugé utile d'en reprendre certaines, telles celles qui reconnaissent les droits de la personnalité : droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de la personne [...] [notes omises].

¹⁰³ Il faut signaler l'incidence des régimes spéciaux d'indemnisation sur la réparation du dommage corporel. Par exemple, la *Loi sur l'assurance automobile*, LRQ c A-25 [LAA], distingue l'indemnisation du préjudice corporel (l'article 2 définit le préjudice corporel comme suit : « Tout préjudice corporel d'ordre physique ou psychique d'une victime y compris le décès, qui lui est causé dans un accident, ainsi que les dommages aux vêtements que porte la victime ») de celle du préjudice matériel (l'article 84.1 définit le préjudice matériel comme suit : « Est un préjudice matériel, pour l'application du présent titre, tout dommage causé dans un accident à une automobile ou à un autre bien »). Seul le premier type de préjudice est garanti sur la base d'une collectivisation des risques dans la société québécoise.

l'inviolabilité et à l'intégrité de toute personne. Le législateur québécois soumet les préjudices corporel¹⁰⁴ et moral à des règles particulières afin d'en assurer la réparation et d'affirmer l'importance de la victime. C'est le cas notamment du second alinéa de l'article 1474 CcQ quant à l'absence de tout effet conféré à une clause de non-responsabilité pour le préjudice physique ou moral subi par une victime. Il en va de même pour l'article 2930 CcQ relatif à la prescription triennale pour le préjudice corporel¹⁰⁵, et même moral selon *Montréal (Ville de) c. Tarquini*¹⁰⁶. Aussi, seul le préjudice corporel doit être actualisé en vertu de l'article 1614 CcQ.

Par ailleurs, en raison de la généralité de l'article 1457 CcQ, le législateur n'opère pas de discrimination entre les personnes protégées. Il s'agit d'un devoir *erga omnes* : n'importe qui peut invoquer le bénéfice d'une obligation de réparation du dommage causé si les autres éléments constitutifs de la responsabilité civile sont établis. Toutes les victimes d'un acte dommageable sont logées sur le même plan, sans prise en considération de leurs relations antérieures avec l'auteur du dommage ou de leur proximité avec celui-ci, comme c'est le cas dans la common law canadienne¹⁰⁷. L'interprétation large du cercle des victimes potentielles a mis fin à une controverse portant sur la notion d'« autrui » qui a irrigué de nombreux développements doctrinaux¹⁰⁸ et débats jurisprudentiels¹⁰⁹ sous

¹⁰⁴ Pour une définition du préjudice corporel, voir Daniel Gardner, *Le préjudice corporel*, 3^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009 au para 17 : « [L]e préjudice corporel résulte d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne avec toutes ses conséquences, pécuniaires et non pécuniaires, tant pour elle-même que pour les victimes par ricochet ».

¹⁰⁵ L'article 2930 CcQ a pour effet de neutraliser les courtes prescriptions et les avis en matière municipale. Voir la *Loi sur les cités et villes*, LRQ c C-19, art 585(5), 586; *Doré c Verdun (Ville de)*, [1997] 2 RCS 862, 150 DLR (4^e) 385. Voir aussi Gardner, *supra* note 104 aux para 29-30.

¹⁰⁶ [2001] RJQ 1405, [2001] RRA 624 (CA). Voir aussi Gardner, *supra* note 104 au para 20.

¹⁰⁷ Voir Jutras, *supra* note 100 à la p 306.

¹⁰⁸ À titre indicatif, voir Denyse Fortin et Yves Caron, « Sens et portée du mot "autrui" dans l'article 1053 du Code civil » (1959-1960) 10 RJT (1^e) 105; Ernest Caparros et Pierre Simard, « Le mot autrui de l'article 1053 : le débat est toujours ouvert » (1965-1966) 7 : 1 C de D 73; Châteauguay Perreault, « Qui est autrui? » (1966) 26 : 1 R du B 368; David Cayne, « *Queen v. Sylvain*: The Meaning of Damage » (1967) 13 : 2 RD McGill 345; Ann Robinson, « Le sens du mot "autrui" dans l'article 1053 du Code civil et l'affaire "Regent Taxi" » (1978) 19 : 3 C de D 677.

¹⁰⁹ Voir *Regent Taxi & Transport Co c Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] RCS 650, [1930] 2 DLR 353 inf pour d'autres motifs (dont la prescription) par *Regent Taxi and Transport Co v Congrégation des Petits Frères de Marie* [1932] AC 295, [1932] 2 DLR 70 (HL (Eng)). Les juges majoritaires opinent pour un sens large à l'expression « autrui ». En revanche, les juges minoritaires dissidents, Mignault et Rinfret, renvoient à un sens étroit à l'expression « autrui ». Sur une remise en cause de l'orientation majoritaire suivie dans *Regent Taxi*, voir notamment *R c Sylvain*, [1965] RCS 164, 52

l'empire du *Code civil du Bas-Canada*¹¹⁰. L'article 1056 CcBC prévoyait qu'en cas de décès, seuls le conjoint, les ascendants et les descendants de la victime pouvaient poursuivre à l'intérieur d'un délai d'une année; à l'exclusion de ces individus nommément désignés, aucune autre personne ne pouvait tenter d'action à raison d'un décès.

Le législateur québécois, à l'article 1607 CcQ, interprète désormais de façon large et libérale le terme « autrui », qui s'étend à toute personne qui subit ou souffre un préjudice direct et immédiat. Tant la victime immédiate que celle par ricochet peuvent réclamer des dommages, sous réserve, pour cette dernière, de démontrer que son préjudice est une suite directe et immédiate du premier préjudice causé. Devant une interprétation large de la notion d'« autrui » affirmée par le *Code civil du Québec*, on réoriente le débat. Son point d'ancrage ne réside plus dans l'examen de l'étendue du mot « autrui », mais se situe dans l'analyse du caractère direct du préjudice et du lien de causalité¹¹¹.

Devant cette généralité reconnue en droit civil québécois de la responsabilité extracontractuelle portant sur le dommage réparable et les victimes potentielles, il est permis de s'interroger : le droit de la responsabilité civile nécessite-t-il une restructuration interne? Nous sommes d'avis que la clause générale de responsabilité demeure une forme normative à conserver. Il s'agit d'ailleurs, selon Pierre Wessner et Bénédicte Winiger, du « point le plus fort qui unit la responsabilité moderne »¹¹². D'une part, face à l'évolution rapide des technologies qui sous-tend une multiplication

DLR (2^e) 607; *Overnite Express Ltd c Beaudoin*, [1971] CA 774 (disponible sur Azimut). Sur une réaffirmation du principe majoritaire dans *Regent Taxi*, voir notamment *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance et Théoret c Laurent*, [1978] 1 RCS 605, 17 NR 593. Sur une réitération récente du principe, voir *Magasins à rayons Peoples inc (Syndic de) c Wise*, 2004 CSC 68 au para 56, [2004] 3 RCS 461.

¹¹⁰ Le problème résidait essentiellement sur l'interprétation — large ou restrictive — de ce terme contenu à l'article 1053 CcBC, lequel édictait une règle générale de responsabilité civile pour le dommage causé à autrui.

¹¹¹ Voir Baudouin et Deslauriers, *supra* note 42 au para 1-327 et 1-332. En ce sens, voir Louis Baudouin, *Le droit civil de la Province de Québec : Modèle vivant de Droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953 à la p 831; Claude Masse, *Cours de responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Groupe de recherche en jurimétrie, Faculté de droit, Université de Montréal, 1976 à la p 103; Pineau et Ouellette, *supra* note 94 à la p 21 et s; Patrice Deslauriers, « Le préjudice comme condition de responsabilité » dans Lise Tremblay et Jocelyne Tremblay, dir, *Collection de droit 2010-2011*, vol 4, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 149 aux pp 149-151.

¹¹² Pierre Wessner et Bénédicte Winiger, « La faute et les intérêts protégés », Série de séminaires sur les droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile sous le thème « Colloque de clôture », présentée au Groupe de recherche européen sur la responsabilité civile et l'assurance, 13 mai 2011 à la p 12 [non publiée], en ligne : <grerca.univ-rennes1.fr>.

et une aggravation des risques, elle constitue un instrument souple pour parer les nouveaux risques¹¹³. D'autre part, elle fournit une solution et permet une certaine sensibilisation à de nouvelles formes de dommages et à des intérêts émergents qui méritent la protection du droit¹¹⁴.

La discussion peut s'orienter par conséquent autour du degré de généralité requis. Est-on prêt à une « nouvelle génération de normativité en responsabilité civile, qui est plus explicite que les codes actuels et propose une densité normative plus élevée »¹¹⁵? En ce sens, on peut s'inspirer des propos de Bénédicte Winiger formulés comme suit :

Ce mouvement d'amplification du nombre de normes n'a rien d'étonnant, puisque le législateur d'aujourd'hui est chargé de faire entrer dans le code la jurisprudence et la doctrine qui se sont consolidées au fil du temps autour des codes en vigueur. On peut regretter les codes courts qui, de ce fait même, n'ont pas besoin d'une véritable structure. Mais, il n'est probablement pas réaliste de penser que nous puissions continuer à gérer la responsabilité moderne avec des codes parcimonieux, à moins d'accepter que nous passions silencieusement d'un système codifié à un système jurisprudentiel plus proche de la *case law* anglo-saxonne¹¹⁶.

Il semble opportun de combiner les avantages respectifs des approches générale et particulière afin de préciser les dispositions relatives à la responsabilité civile. De fait, on peut aménager une place à la notion d'intérêts protégés tout en préservant, non seulement la lettre, mais surtout l'esprit d'une clause générale de responsabilité¹¹⁷.

Le caractère généreux d'une norme de responsabilité peut présenter néanmoins un certain danger. Il importe alors d'examiner les instruments développés par le droit civil québécois de la responsabilité qui en circonscrivent la portée. Le système québécois n'est pas imperméable à certains inflexions qui pourraient en corriger les excès. Tout tient ici dans la manière d'adapter les règles de la responsabilité civile aux nécessités de la vie sociale, sinon de la délimiter ou de la maintenir dans des limites raisonnables.

Il s'agit d'une question de perspective. Il est permis de confiner cette interrogation au bien-fondé de l'idée de base de la théorie de la relativité aquilienne, à savoir limiter l'indemnisation des victimes : est-il juste de priver une victime de l'indemnisation de son dommage en fonction de la

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Voir Viney, *supra* note 2 à la p 5.

¹¹⁵ Winiger, « Les intérêts protégés », *supra* note 23 à la p 9.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Voir Slim, « Intérêts protégés », *supra* note 8 au para 20.

portée, par ailleurs incertaine, de la norme juridique violée? Le droit québécois de la responsabilité civile extracontractuelle personnelle est fidèle à la théorie classique fondée sur le triptyque « faute — lien de causalité — préjudice ». C'est à la victime de démontrer en principe ces éléments dont la preuve comporte certes des difficultés, sans parler du coût (et des frais y reliés, dont la nécessité de désigner un expert dans certains cas) et de la lenteur inhérente à un procès en responsabilité civile.

B. La technique à adopter pour favoriser une conception relative de la responsabilité

Outre la détermination des instruments pour réguler l'extension de la responsabilité civile dont use et dispose le droit civil québécois (1), on peut s'attarder sur l'identité de l'agent chargé de les mettre en œuvre (2).

1. Les mécanismes propres à circonscrire les cas d'application de la responsabilité civile

La reconnaissance du concept d'illicéité mérite une attention particulière, car il permet d'assortir à la généralité postulée une liste minimale non limitative de droits ou d'intérêts protégés (*a*). Par ailleurs, la protection contre les possibles dérives indemnitaires peut être réalisée par l'instrumentalisation des notions de dommage et de causalité. La définition des intérêts protégés peut passer, dans la pratique, autant par la notion de dommage, que par celle du lien causal (*b*).

a. L'émergence de la notion d'illicéité en droit de la responsabilité civile

D'entrée de jeu, il est permis de signaler deux procédés distincts, utilisés par les groupes qui œuvrent sur l'harmonisation du droit européen de la responsabilité civile, le *Draft Common Frame of Reference*¹¹⁸ et les *Principles of European Tort Law*¹¹⁹, qui limitent la sphère de la responsabilité eu égard aux intérêts qui méritent une protection.

La voie tracée par le *Draft Common Frame of Reference* combine une clause générale quelque peu occulte (*flexible provision*)¹²⁰ avec une énumé-

¹¹⁸ *DCFR*, *supra* note 11.

¹¹⁹ *PETL*, *supra* note 10.

¹²⁰ *DCFR*, *supra* note 11, art 2:101(1)(c) : *Loss, whether economic or non-economic, or injury is legally relevant damage if: [...] the loss or injury results from a violation of an interest worthy of legal protection.*

ration détaillée de formes différentes de dommage (*guide-line*)¹²¹, que ce soit des atteintes corporelles et de certaines conséquences pécuniaires, des atteintes à la dignité, à la liberté et à la vie privée. Cette énumération constitue une sorte de répertoire des dommages généralement admis dans les jurisprudences européennes. Au titre des obstacles, on peut souligner l'impossibilité d'une liste normative exhaustive et l'écueil d'une énumération détaillée.

Quant aux *Principles of European Tort Law*, ceux-ci dessinent le périmètre de la responsabilité civile sur la base d'une hiérarchisation des intérêts protégés en fonction de la nature du bien atteint¹²², tributaire de l'importance accordée par l'ordre juridique, en l'occurrence par le législateur lui-même, dans une société donnée à divers moments de son histoire. Si la vie, l'intégrité corporelle ou mentale, ou la liberté jouissent de la protection la plus étendue, les droits de propriété bénéficient d'une protection étendue, alors que la protection des intérêts économiques ou des relations contractuelles peut être d'étendue plus limitée. N'ayant pas vocation à l'exhaustivité, aucun intérêt n'est exclu *a priori* de la protection¹²³. En cas de conflit entre les intérêts de l'auteur du dommage et ceux de la victime, le juge doit soupeser et comparer les valeurs contradictoires afin de décider quel intérêt mérite une protection supérieure. Dans un tel système, tous les droits et tous les intérêts ne reçoivent pas la même protection par les règles de la responsabilité civile; une différenciation entre les intérêts prévaut. Ceci fait en sorte de modeler l'intervention du droit de la responsabilité civile et le degré de cette intervention.

Est-il possible d'importer l'une ou l'autre de ces solutions en droit civil québécois? Cette interrogation commande d'abord de dégager le concept d'illicéité; ensuite, de combiner l'illicéité à une liste minimale non exhaustive de situations particulières.

¹²¹ *Ibid*, art 2:101-2:211. Il s'agit également des pertes dues à la communication d'une fausse information, ou à la confiance placée dans un avis ou une communication incorrecte; de l'atteinte à l'activité économique ou professionnelle d'autrui; des charges assumées par l'État à la suite d'une atteinte à l'environnement; des pertes causées par une déclaration frauduleuse ou de l'encouragement à la non-exécution d'une obligation contractée par un tiers.

¹²² Le préjudice réparable est celui qui consiste en une atteinte matérielle ou immatérielle à un intérêt juridiquement protégé (*PETL*, *supra* note 10, art 2:101). L'étendue de la protection d'un intérêt dépend de sa nature; plus sa valeur est élevée, sa définition précise et la nécessité de le protéger évidente, plus sa protection sera étendue (*ibid*, art 2:102(1)).

¹²³ Le juge peut exiger la réparation de tout dommage qui remplit les conditions de la clause générale: *A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage* (*ibid*, art 1:101(1)).

Au Québec, on peut relever l'existence (occulte) de l'illicéité à l'alinéa premier de l'article 1457 CcQ¹²⁴ comme un manquement au devoir de respecter les règles de conduite de manière à ne pas causer de préjudice à autrui¹²⁵. Il faut dissocier cet élément de la faute, édictée à l'alinéa deuxième de 1457 CcQ, laquelle résulte d'une alliance de l'illicéité — manquement à un devoir de conduite — et de l'imputabilité — faculté de discernement¹²⁶.

Une fois la présence de l'illicéité signalée, une réflexion peut s'engager sur la place à lui accorder : comme condition de la responsabilité civile ou comme condition de la faute? Nous privilégions la seconde proposition. D'ailleurs, dans le système juridique français, la notion d'illicite est un élément constitutif de la faute civile — elle intègre la faute pour mieux la qualifier¹²⁷, voire même jusqu'à la subsumer sous la terminologie de « faute objective »¹²⁸, écartant du coup l'élément d'imputabilité. Le projet Catala, à son article 1340, en remplacement de la *clausula generalis* formulée à l'article 1382 du *Code civil* français, pose un jalon vers une reconnaissance de l'illicéité. L'article 1340 se présente comme une annonce des dispositions relatives à la responsabilité civile et son alinéa premier édicte ce qui suit : « Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer »¹²⁹.

¹²⁴ Il convient de réitérer sa teneur : « Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui » (1457, al 1 CcQ).

¹²⁵ Voir Mariève Lacroix, « Le fait générateur de responsabilité civile extracontractuelle personnelle : *continuum* de l'illicéité à la faute simple au regard de l'article 1457 C.c.Q. » (2012) 46 : 1 RJT 25.

¹²⁶ La faute correspond au manquement à un devoir de bonne conduite par un individu et à sa capacité de discernement. En d'autres termes, la faute est la violation d'un devoir de civilité qui résulte d'un comportement imputable à un individu. L'article 1457, al 2 CcQ se lit comme suit : « [Une personne] est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel ».

¹²⁷ Voir Geneviève Viney et Patrice Jourdain, *Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2008 à la p 367 et s.

¹²⁸ Il convient de distinguer la « responsabilité objective » de la « faute objective ». À ce sujet, voir notamment Henri Mazeaud, « La "faute objective" et la responsabilité sans faute », (1985) D ch 13; Henri Mazeaud et al, *Leçons de droit civil*, t 2, vol 1, 9^e éd, François Chabas, dir, Paris, Montchrestien, 1998 aux pp 457-58.

¹²⁹ L'emploi de l'expression « fait illicite ou anormal » réfère de manière explicite à l'illicéité ou l'anormalité et peut fonder des cas de responsabilité civile. Il s'agit néanmoins d'un simple texte introductif, dépourvu de vocation normative propre (France, Ministère de la justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation française, 2006 à la p 171). Par extension, voir Bénédicte Fauvargue-Cosson et Denis Mazeaud, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription » (2006) 11 : 1 Rev DU 103; Eric Descheemaeker, « La dua-

En tant que concept matériel et objectif, l'illicéité est la contravention à un devoir de bon comportement, à une norme de civilité¹³⁰. Il connote le standard de conduite attendu de chacun. En ce sens, l'illicéité permet d'esquisser « le cadre des règles normatives applicables à la responsabilité civile »¹³¹. À l'alinéa premier de l'article 1457 CcQ, le législateur québécois édicte certaines sources où puiser les normes : dans la loi, les usages, les principes qui irriguent l'ordre public et les bonnes mœurs, et même les règles morales élémentaires. Afin de savoir si un acte dommageable est illicite et donne lieu à une obligation de réparation, le juge se réfère à ce catalogue. La violation d'une norme du Code civil permet l'octroi de dommages-intérêts, à la différence, par exemple, de la simple transgression des règles de politesse¹³².

De façon incidente, il est opportun de se questionner sur l'interrelation entre la norme de conduite civile — devoir de prudence et de diligence — et la norme légale ou réglementaire : la violation d'une norme statutaire entraîne-t-elle *de facto* un cas de responsabilité civile¹³³?

lité des torts en droit français : Délits, quasi-délits et la notion de faute » (2010) 3 RTD Civ 435.

¹³⁰ Il faut prendre garde de ne pas confondre les qualificatifs « illicite » et « illégal », le premier étant plus englobant — une contravention à une norme qui provient des appareils étatiques, mais aussi judiciaires et coutumiers — que le second — une transgression de la loi. Pour une distinction entre la norme et la loi, voir notamment Christophe Grzegorzczak et Tomasz Studnicki, « Les rapports entre la norme et la disposition légale » dans *Archives de philosophie du droit : Le langage du droit*, t 19, Paris, Sirey, 1974, 243; Paul Amselek, « Norme et loi » dans *Archives de philosophie du droit : La loi*, t 25, Paris, Sirey, 1980, 89; Mark van Hoecke, « Comment les normes juridiques sont-elles formulées dans les textes législatifs? » dans Léon Ingber et Patrick Vassart, dir, *Le langage du droit*, Bruxelles, Éditions Nemesis, 1991, 107; Henri Volken, « Loi, norme, logique » (1996) 104 *Revue européenne des sciences sociales* 171.

¹³¹ Winiger, « Les intérêts protégés », *supra* note 23 à la p 6.

¹³² *Ibid.* Voir aussi Philippe Pierre, « La place de la responsabilité objective : notion et rôle de la faute en droit français », Série de séminaires sur les droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile sous le thème « La place de la responsabilité objective », présentée au Groupe de recherche européen sur la responsabilité civile et l'assurance, 27 et 28 novembre 2009 [non publiée], en ligne : <grerca.univ-rennes1.fr>.

¹³³ Il faut écarter deux sources de responsabilité civile qui ne sont pas pertinentes au regard de ce problème, soit la faute intentionnelle et les lois qui imposent des normes de conduite et édictent, en cas de violation de celles-ci, des sanctions civiles en plus de sanctions pénales. En ce sens, voir Pierre-Gabriel Jobin, « La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile? » (1984) 44 : 1 R du B 222 aux pp 223-24.

Dans l'arrêt de principe *Morin c. Blais*¹³⁴, le juge Beetz, pour la majorité, est d'avis que la transgression de dispositions réglementaires de la circulation¹³⁵, qui expriment des normes élémentaires de prudence, constitue une faute civile¹³⁶. Le non-respect d'une loi n'emporte pas de plein droit une responsabilité civile de l'agent; il faut que la règle législative énonce une norme élémentaire de prudence, que la violation de la norme soit causale au dommage et que cette transgression soit suivie immédiatement du préjudice que la norme cherche à prévenir¹³⁷. Selon une interprétation de l'orthodoxie dominante, lorsque la norme exprime une règle de prudence élémentaire, elle crée une présomption contre son auteur selon laquelle il a adopté une conduite fautive, du fait de son non-respect¹³⁸. L'arrêt *Ciment du Saint-Laurent inc c. Barrette*¹³⁹ semble confirmer une telle com-

¹³⁴ [1977] 1 RCS 570, 17 NR 241. Les faits de l'espèce renvoient à un accident de la circulation entre des véhicules routiers : celui à l'avant, un tracteur, n'était pas muni d'un des feux rouges réglementaires à l'arrière. Il a été heurté par un autre véhicule qui le suivait à vive allure.

¹³⁵ De telles dispositions sur la circulation automobile se préoccupent de la sécurité des personnes ou des biens.

¹³⁶ *Morin c Blais*, *supra* note 134 aux pp 579-80 : « La simple contravention à une disposition réglementaire n'engage pas la responsabilité civile du délinquant si elle ne cause de préjudice à personne. Mais un bon nombre de ces dispositions concernant la circulation expriment, tout en les réglementant, des normes élémentaires de prudence. Y contrevenir est une faute civile ».

¹³⁷ *Ibid* aux pp 579-80.

¹³⁸ Baudouin et Deslauriers, *supra* note 42, au para 1-188. Contra Jobin, *supra* note 133 à la p 227 :

[D]ès que le tribunal est arrivé à la conclusion que la disposition énonce une norme élémentaire de prudence, il doit se limiter à vérifier si, dans les faits, l'auteur l'a violée; en présence de la violation d'une telle disposition, le tribunal ne peut pas se demander si l'auteur, tout de même, n'a pas agi comme une personne prudente et raisonnable et le tribunal doit conclure à faute.

Sur l'impact de l'arrêt *Morin c Blais*, *supra* note 134 sur la jurisprudence québécoise postérieure, voir Odette Jobin-Laberge, « Norme, infraction et faute civile » dans *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, vol 137, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000, 31 aux pp 34-35; Nathalie Vézina, « Du phénomène de pollution lumineuse appliqué à l'observation des astres jurisprudentiels : Responsabilité objective, responsabilité subjective et l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent* » dans Générosa Bras Miranda et Benoît Moore, dir, *Mélanges Adrian Popovici : Les couleurs du droit*, Montréal, Thémis, 357 à la p 369 et s.

¹³⁹ *Ciment du Saint-Laurent inc c Barrette*, 2008 CSC 64 au para 34, [2008] 3 RCS 392, juge LeBel et juge Deschamps :

En droit civil québécois, la violation d'une norme législative ne constitue pas en soi une faute civile. Il faut encore qu'une infraction prévue par un texte de loi constitue aussi une violation de la norme de comportement de la personne raisonnable au sens du régime général de responsabilité civile de l'art. 1457 C.c.Q. La norme de la faute civile correspond à une obligation de moyens. Par conséquent, il s'agira de déterminer si une négligence ou imprudence est sur-

préhension et énonce que le respect de normes techniques, bien que minimales, n'est pas synonyme d'absence de toute faute ou de négligence.

Un avantage existe à reconnaître explicitement l'illicéité dans la clause générale de responsabilité civile, au premier alinéa de l'article 1457 CcQ, et il semble préférable de lui donner un statut clair dans la loi. Il ne paraît pas souhaitable d'occulter un concept qui joue un rôle central et fédérateur de la responsabilité. Le taire reviendrait à léguer à la doctrine et la jurisprudence une charge inutile d'interprétation¹⁴⁰. Par ailleurs, l'expérience de deux millénaires démontre, selon Bénédicte Winiger, que l'illicéité est un élément essentiel de la responsabilité civile :

L'illicéité est un des termes de la responsabilité civile qui se retrouve dans toutes les traditions juridiques européennes. Explicitement dans les unes et implicitement dans les autres. Le droit anglo-saxon ne fait d'ailleurs pas d'exception à cette règle. Tout au long du 19^e siècle, les jurisprudences et doctrines anglaise et américaine ont structuré la responsabilité civile autour du *damnum iniuria et culpa datum* romain dont elles ont même très largement conservé la terminologie latine¹⁴¹.

Sur la base d'une reconnaissance expresse du concept d'illicéité, on pourrait assortir l'affirmation de ce fondement général à une liste minimale non limitative de droits ou d'intérêts protégés. Une lecture conjuguée du *Code civil du Québec* et de la *Charte des droits et libertés de la personne (Charte québécoise)*¹⁴² permettrait de pallier ce silence législatif¹⁴³. Il suffirait de combiner les formules contenues dans l'article 1457 CcQ et dans l'article 49 de la *Charte québécoise*. Une telle complémentarité présenterait sans conteste le bénéfice d'une précision du devoir de respecter les règles de conduite en conformité avec les droits et libertés fondamentaux prévus à la *Charte québécoise*.

L'alinéa premier de l'article 49 de la *Charte québécoise* édicte une règle fondamentale, dont le contenu demeure aussi large qu'englobant : « Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte ». Sur la base de

venue, eu égard aux circonstances particulières de chaque geste ou conduite faisant l'objet d'un litige. Cette règle s'applique à l'évaluation de la nature et des conséquences d'une violation d'une norme législative [notes omises].

¹⁴⁰ Voir Winiger, « Les intérêts protégés », *supra* note 23 à la p 7.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ c C-12 [*Charte québécoise*].

¹⁴³ Voir Disposition préliminaire CcQ.

sa dissociation du régime de droit commun de la responsabilité civile¹⁴⁴, on aurait avantage à détailler les droits en question, soit les droits et libertés fondamentaux¹⁴⁵, les droits politiques¹⁴⁶, les droits judiciaires¹⁴⁷, les droits économiques et sociaux¹⁴⁸. Quelque peu précisée, on pourrait lire cette disposition ainsi : « Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté [tel le droit à la vie, à la sûreté, à l'intégrité, à la dignité, à la libre disposition de ses biens et à la liberté de sa personne] confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte »¹⁴⁹. Cette nomenclature des droits protégés aurait une valeur indicative en droit québécois, sans restreindre pour autant le champ de la responsabilité civile.

Outre une énumération de situations potentiellement illicites qui assortit les principes généraux édictés aux alinéas premiers des articles 1457 CcQ et 49 de la *Charte québécoise*, il convient de s'attarder sur le

¹⁴⁴ *de Montigny c Brossard, succession*, 2010 CSC 51 au para 44, [2010] 3 RCS 64, juge Le-Bel :

Le concept d'acte illicite, sur lequel repose l'art. 49, se confond souvent avec celui de faute civile. En conséquence, dans ces situations, les indemnités possibles en vertu de ces deux régimes s'amalgament et ne pourraient être accordées distinctement. Autrement, on doublerait l'indemnisation pour les mêmes actes. Cependant, cette coïncidence des recours n'est pas toujours parfaite. En raison de la finalité particulière du recours qu'il prévoit, l'art. 49, al. 2 peut, en effet, viser des actes et des conduites qui ne cadrent pas avec la notion de faute civile, ne tombant pas ainsi dans le domaine d'application du régime général de responsabilité civile du Québec. L'autonomie de ce recours ressort aussi bien du texte de l'art. 49 que des finalités distinctes de la mise en œuvre de la *Charte*, ainsi que de la nécessité de laisser à celle-ci toute la souplesse nécessaire à la conception des mesures de réparation adaptées aux situations concrètes.

Voir aussi Michèle Rivet et Manon Montpetit, « L'incorporation doctrinaire des éléments constitutifs de responsabilité civile dans l'analyse de la Charte québécoise : Dé-
rives conceptuelles » dans Moore, *supra* note 99, 921 à la p 947.

¹⁴⁵ *Charte québécoise*, *supra* note 142, art 1-20.1. Les libertés et droits fondamentaux se déclinent ainsi : droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne (art 1, al 1); droit au secours (art 2, al 1); libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association (art 3); droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation (art 4); droit au respect de sa vie privée (art 5); droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens (art 6); droit au respect du secret professionnel (art 9, al 1); droit à l'égalité (art 10-20.1).

¹⁴⁶ *Ibid*, art 21-22.

¹⁴⁷ *Ibid*, art 23-38.

¹⁴⁸ *Ibid*, art 39-48.

¹⁴⁹ Une similitude dans la rédaction législative serait patente lorsque mise en conjonction avec art 823 BGB. Voir la partie II-A, ci-dessus.

système québécois actuel de la responsabilité civile qui connaît la faute, le lien causal et le préjudice au soutien de l'édifice de responsabilité.

Il existe des moyens de circonscrire le domaine d'application de la responsabilité civile soit au regard de la faute, du lien de causalité ou du dommage; chacun des éléments de la trilogie comportant en lui le germe de sa propre limitation. Les présomptions et les immunités de responsabilité peuvent également se greffer à cette finalité de restreindre le spectre de la responsabilité civile.

b. Les autres éléments constitutifs de la responsabilité civile

Au titre des conditions de la responsabilité civile, il faut considérer plus particulièrement le dommage et la causalité, dans le respect du *continuum* juridique de la responsabilité extracontractuelle : de l'établissement d'un préjudice à son rattachement par un lien de causalité à la faute. Cette analyse demeure essentielle afin de vérifier si le droit québécois possède déjà des mécanismes valables, propres à assurer une indemnisation adéquate des victimes.

D'abord, le préjudice.

Tout préjudice n'entraîne pas nécessairement un droit à réparation en matière de responsabilité civile extracontractuelle. Afin d'éviter tout enrichissement aux dépens d'autrui, le législateur et la jurisprudence québécoise formulent des critères d'admissibilité du préjudice — à défaut de préciser la réalité du dommage¹⁵⁰. Le préjudice doit être direct¹⁵¹, certain¹⁵² et légitime¹⁵³; caractères que l'on peut scinder suivant qu'ils sont

¹⁵⁰ Il n'est pas dans notre propos de traiter exhaustivement de ces critères d'admissibilité du préjudice à compensation. Nous renvoyons le lecteur à l'étude suivante : Mariève Lacroix, « Obligations et responsabilité civile » dans *JurisClasseur Québec*, feuilles mobiles (consultées le 15 novembre 2013), Montréal, LexisNexis Canada, fasc 20 aux para 3, 31-62.

¹⁵¹ Voir art 1607 CcQ : « Le créancier a droit à des dommages-intérêts en réparation du préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel, que lui cause le défaut du débiteur et qui en est une suite immédiate et directe ».

¹⁵² Le préjudice doit être réel, c'est-à-dire probable selon la prépondérance de la preuve. Voir art 1611 CcQ : « Les dommages-intérêts dus au créancier compensent la perte qu'il subit et le gain dont il est privé. On tient compte, pour les déterminer, du préjudice futur lorsqu'il est certain et qu'il est susceptible d'être évalué ».

¹⁵³ Voir 1373, al 2 CcQ : « La prestation doit être possible et déterminée ou déterminable; elle ne doit être ni prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public ». En d'autres termes, en matière de responsabilité civile, l'obligation de réparer doit porter sur un préjudice légitime ou licite selon la jurisprudence.

subjectifs (légitime et personnel)¹⁵⁴ ou objectifs (certain et direct)¹⁵⁵. Dans le domaine contractuel, un critère de prévisibilité s’y ajoute, sauf exception¹⁵⁶. Les tribunaux québécois apprécient ces éléments de façon variable, suivant chaque cas d’espèce, ce qui fait dire à des auteurs : « On ne saurait donc s’étonner de constater parfois certaines divergences importantes dans les solutions jurisprudentielles »¹⁵⁷.

Si le préjudice ne doit pas être incertain, éventuel ou hypothétique¹⁵⁸, il ne doit pas être illicite ou immoral. Au Québec, le second alinéa de l’article 1373 CcQ prévoit que la prestation de l’obligation ne doit être ni prohibée par la loi ni contraire à l’ordre public. En droit de la responsabilité civile, l’obligation de compenser doit se rattacher à un dommage réparable¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Voir Loïc Cadiet, « Les métamorphoses du préjudice » dans *Les métamorphoses de la responsabilité. Colloque commun aux Facultés de droit de l’Université de Montréal, de l’Université catholique de Nimègue et de l’Université de Poitiers : Sixièmes Journées René Savatier, Poitiers, 15 et 16 mai 1997*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997, 37 à la p 40.

¹⁵⁵ *Ibid* à la p 44.

¹⁵⁶ Voir art 1613 CcQ :

En matière contractuelle, le débiteur n’est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu’on a pu prévoir au moment où l’obligation a été contractée, lorsque ce n’est point par sa faute intentionnelle ou par sa faute lourde qu’elle n’est point exécutée; même alors, les dommages-intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l’inexécution.

Pour une illustration jurisprudentielle, voir *Ciment Québec inc c Stellaire Construction inc*, 2002 CanLII 3559, AZ-50131557 (Azimut). Dans cette affaire, il s’agissait d’une erreur en lien avec la vente de sacs de fumée de silice plutôt que de sacs de ciment. La Cour d’appel a limité les dommages subis par l’intimée aux coûts de démolition et de reconstruction des seuils et des piliers qui avaient été recouverts de fumée de silice. Elle a rejeté la réclamation portant sur la perte de profits, après avoir estimé qu’il ne s’agissait pas d’une suite immédiate, directe et prévisible de la faute de l’appelante.

¹⁵⁷ Baudouin et Deslauriers, *supra* note 42, au para 1-320.

¹⁵⁸ On refuse la perte de chance dans son principe en droit civil québécois (*Laferrière c Lawson*, [1991] 1 RCS 541, 78 DLR (4^e) 609).

¹⁵⁹ Si on assimile le dommage à la lésion d’un intérêt juridiquement protégé, il est intéressant de différencier la « légitimité de l’intérêt lésé » et la « nature de l’intérêt lésé ». Au regard de la nature de l’intérêt lésé, le système juridique québécois, à l’instar du système français, permet en théorie la réparation de tous les préjudices, dans la mesure où le texte de l’article 1457 CcQ ne distingue pas selon la nature du dommage. En d’autres termes, la nature de l’intérêt lésé est indifférente, de façon générale. Au regard de la légitimité de l’intérêt, on peut situer sur une ligne continue des intérêts illégitimes aux droits subjectifs, en passant par les intérêts juridiquement indifférents et les intérêts protégés. Un *continuum* se construit en fonction du degré selon lequel les divers intérêts seraient dignes de protection. La distinction entre les préjudices licites et les préjudices illicites ne peut pas *a priori* mener à l’instauration d’une hiérarchie des intérêts ou des préjudices, mais uniquement à écarter l’indemnisation de certains préjudices ju-

Maurice Tancelin favorise néanmoins une vision unitaire des caractères qui encadrent l'admissibilité du préjudice, comme suit :

Le seul caractère juridique qu'on devrait exiger du préjudice pour être une condition de la responsabilité civile devrait être la possibilité de *prouver* le fait négatif, le tort, au sens d'action blâmable, la perte alléguée comme un préjudice, d'établir sa « probabilité » au sens de ce terme dans le droit de la preuve, en matière civile [italiques dans l'original, notes omises]¹⁶⁰.

Une telle acception du préjudice admissible à compensation est porteuse de sens et restreint conséquemment les cas susceptibles d'entraîner une responsabilité civile, selon que le préjudice apparaît probable ou non.

Dans cette perspective de limitation du périmètre de la responsabilité, outre les caractères du préjudice admissible à réparation, il est opportun de traiter de la causalité. Cette notion hybride emprunte en partie à la théorie juridique et aux faits qui la sous-tendent¹⁶¹.

Les juristes élaborent des théories diverses afin d'expliquer rationnellement la causalité, de fournir un guide aux tribunaux pour l'identifier et de circonscrire les cas susceptibles d'engendrer une responsabilité civile. Des explications classiques se rapportent notamment à l'équivalence des conditions (*conditio sine qua non*), à la causalité adéquate (*causa causans*), à la causalité immédiate (*causa proxima*) et à la prévision raisonnable des conséquences. Le droit québécois exclut partiellement l'équivalence des conditions¹⁶² pour favoriser une adoption du principe de la causalité adéquate et une certaine utilisation du critère de prévision

gés non dignes de réparation. Voir André Gervais, « Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des “intérêts” » dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t 1, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, 241; François Ost, « Entre droit et non-droit : L'intérêt » dans Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove, dir, *Droit et intérêt*, vol 2, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990 à la p 9 et s.

¹⁶⁰ Maurice Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009 au para 748. L'auteur précise que la certitude ne constitue pas un critère approprié en raison de sa ressemblance avec le critère de la preuve en matière criminelle. En ce sens, voir Gardner, *supra* note 104 au para 64.

¹⁶¹ De façon générale, pour une discussion sur les questions mixtes de fait et de droit, notamment au regard de la causalité, voir *Housen c Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 RCS 235.

¹⁶² Sous réserve d'un emploi de la théorie de l'équivalence des conditions en matière de responsabilité civile médicale. Pour des illustrations jurisprudentielles en matière de responsabilité médicale où les tribunaux retiennent la responsabilité civile du médecin sur la base d'un défaut d'information du patient, sans égard à la réussite du traitement entrepris, voir *Godin c Quintal*, [2002] RJQ 2925, [2002] RRA 741 (CA); *Dodds c Schierz*, [1986] RJQ 2623, 4 QAC 20; *Francoeur c Dubois*, [2003] RJQ 2139, [2003] RRA 932 (CS).

raisonnable¹⁶³. Le dommage par ricochet est rejeté et on attache une importance considérable à la rupture du lien de causalité (*novus actus interveniens*)¹⁶⁴.

Indiquant les lignes de force de la théorie de la causalité adéquate en droit civil québécois de la responsabilité, Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers écrivent ce qui suit :

La jurisprudence québécoise emprunte au système de la causalité adéquate la démarche consistant à séparer la cause véritable des simples circonstances ou occasions du dommage. Ce ne sont donc pas toutes les conditions *sine qua non* qui peuvent et doivent être retenues, mais seulement celles qui ont rendu objectivement possible la réalisation du préjudice¹⁶⁵.

La sélection à opérer entre la cause et les simples circonstances ou occasions qui entourent le dommage, ainsi que le choix de la ou des seules conditions qui ont rendu objectivement possible la réalisation du préjudice emportent une limitation des situations potentielles de responsabilité civile extracontractuelle. En ce sens, la causalité — à laquelle on peut greffer l'intérêt pour agir¹⁶⁶ — représente un mécanisme de contrôle à la disposition des tribunaux qui contient la portée de l'action en responsabilité civile dans des frontières définies.

Le lien de causalité constitue un filtre suffisant entre la faute et le préjudice afin de circonscrire les applications potentielles de la responsabilité civile. Celles-ci sont susceptibles d'être restreintes selon une appréciation plus stricte de la causalité par les magistrats. À cela s'ajoute la détermination du préjudice et de ses caractères cumulatifs d'admissibilité à compensation (certain, direct et légitime), qui pourrait aboutir à une notion davantage étroite du dommage réparable. De tels mécanismes efficaces — qui tendent à se rapprocher d'une casuistique judiciaire — peuvent se conjuguer adéquatement avec la méthode conceptualiste.

¹⁶³ Voir *Pullan c Gulfstream Financial Ltd*, 2013 QCCA 1888 (disponible sur CanLII). En doctrine, voir Baudouin et Deslauriers, *supra* note 42, au para 1-622.

¹⁶⁴ Concernant l'application du *novus actus interveniens*, voir par ex *Beaudoin c T.W. Hand Fireworks Co Ltd*, [1961] CS 709 à la p 719 (disponible sur WL Can) (Qc) : « [l]es actes du demandeur, de son préposé Haineault et de son fils Robert rencontrent, dans l'opinion du tribunal, les exigences ou les caractéristiques requises de l'acte nouveau et indépendant qui peut libérer une première personne de sa faute initiale ». Dans ce cas, la négligence de l'organisateur d'un feu d'artifice pour les dommages subis par un enfant blessé par l'explosion d'une bombe pyrotechnique oubliée sur les lieux n'a pas été retenue comme une cause adéquate du préjudice (*ibid* à la p 720).

¹⁶⁵ Baudouin et Deslauriers, *supra* note 42 au para 1-626.

¹⁶⁶ Voir art 55 Cpc.

Il est opportun d'ajouter aux conditions d'admissibilité du préjudice et de la causalité juridique d'autres techniques ou instruments qui limitent le spectre de la responsabilité civile au Québec.

Bien que le système juridique québécois introduise peu de discrimination dans la responsabilité civile en fonction de la nature de la faute, seule la commission d'une faute intentionnelle ou lourde¹⁶⁷ peut entraîner une responsabilité civile dans des cas donnés. Par exemple, l'article 1471 CcQ prévoit une responsabilité pour le préjudice qui résulte d'une obligation légale de porter secours à autrui, si ce préjudice est dû à une faute intentionnelle ou à une faute lourde du bon samaritain¹⁶⁸.

Par ailleurs, si on se détache de la responsabilité personnelle, on peut signaler l'article 1461 CcQ¹⁶⁹. Cette disposition, qui s'intègre en matière de responsabilité pour le fait d'autrui, édicte que le tuteur ou le curateur qui assume la garde d'un majeur inapte n'est pas tenu de réparer le pré-

¹⁶⁷ L'article 1474, al 1 CcQ définit *in fine* la faute lourde comme celle qui désigne le comportement révélateur d'une incurie, d'une insouciance grossière, d'un mépris total des intérêts d'autrui. Sous le *Code civil du Bas Canada*, le juge Nichols, dans *Potvin c Stipetic*, [1989] RJQ 777 à la p 782, [1989] RRA 376 (CA), favorise l'appréciation suivante de la faute lourde : « [L]es tribunaux sont appelés à apprécier l'ampleur de l'écart par rapport au comportement d'une personne moyennement avisée et prudente ». Pour une illustration jurisprudentielle contemporaine, voir notamment *Monit Management Ltd c Samen Investments Inc*, 2012 QCCA 1821 (disponible sur CanLII) (négligence grossière d'un gestionnaire d'immeuble en n'entretenant pas adéquatement le stationnement souterrain pour éviter des coûts d'entretien). Pour une discussion de l'article 2464 CcQ et une distinction entre la faute lourde et la faute intentionnelle par la Cour d'appel, voir *Souscripteurs du Lloyd's c Alimentation Denis & Mario Guillemette inc*, 2012 QCCA 1376 (disponible sur CanLII), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 35011 (4 avril 2013); *Audet c Transamerica Life Canada*, 2012 QCCA 1746, [2012] RJQ 1844, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 35098 (4 avril 2013).

¹⁶⁸ À l'appui, il convient de considérer l'obligation légale de porter secours à tout être humain dont la vie est en péril (voir *Charte québécoise*, *supra* note 142, art 2). Pour des illustrations jurisprudentielles d'une intervention bénévole d'un individu pour venir en aide à quelqu'un dans le besoin, laquelle donne ouverture au moyen d'exonération prévu à l'article 1471 CcQ, même dans le cas d'un comportement fautif — sous réserve d'une faute lourde ou intentionnelle, voir *Zurich, compagnie d'assurances c Superior Plastics ltée*, 2004 CanLII 39804, AZ-50274997 (Azimut) (CS), conf par 2007 QCCA 1269, [2007] RRA 877; *Baribault c Entreprises Raymond Lewis inc* (1999), AZ-00036066 (Azimut), [1999] JQ no 6160 (QL) (CQ civ (div pet cré)).

¹⁶⁹ Pour des illustrations jurisprudentielles, voir *Meloche Estate v Kateri Memorial Hospital Center*, 2010 QCCS 1885, [2010] RRA 563, conf par 2010 QCCA 1975 (disponible sur CanLII). En l'espèce, le centre hospitalier a été exonéré de toute responsabilité à la suite du décès d'un patient ayant fait une chute du toit. Il n'a pas agi de façon négligente ni dans le but de causer un dommage. Voir également *Deslandes c Morel* (1998), AZ-98036278 (Azimut) (CQ civ (div pet cré)). Dans cette affaire, la responsabilité de la mère d'un majeur traité pour schizophrénie paranoïde, gardienne de fait, n'a pas été établie, en l'absence de preuve d'une faute intentionnelle ou d'une faute lourde dans l'exercice de sa garde.

judice causé par le fait de ce majeur; seule la preuve d'une faute intentionnelle ou lourde du tuteur et du curateur dans l'exercice de la garde est susceptible d'engager une responsabilité civile¹⁷⁰.

Enfin, il y a lieu de considérer l'immunité conférée à certains acteurs de l'arène législative ou judiciaire¹⁷¹. L'immunité renvoie à une « [p]rérogative ou exemption accordée aux États ou à certaines personnes en vertu de laquelle ils bénéficient de dérogations au droit commun qui leur permettent notamment d'être dispensés de certaines obligations ou déchargés des conséquences légales de leurs actes »¹⁷². Par exemple, la loi¹⁷³ édicte que le juge¹⁷⁴ bénéficie d'une immunité qui l'exonère de toute responsabilité civile, indépendamment du fait qu'il a commis une faute, suivant la seule reconnaissance de sa qualité officielle. À titre de fondement de l'immunité du juge, on invoque l'indépendance de la magistrature¹⁷⁵ et cette immunité se traduit par le respect de trois conditions essentielles, soit l'inamovibilité, la sécurité financière et la sécurité institutionnelle¹⁷⁶. Quant au témoin ou à

¹⁷⁰ Il s'agit d'une question de politique juridique favorisée. « Une telle règle se justifie par le souci d'assurer une certaine protection aux personnes que l'État veut encourager à prendre charge d'autrui et qui le font, dans la plupart des cas, bénévolement; déjà prévue en certains cas par la *Loi sur le curateur public*, elle se devait d'être généralisée et applicable à toute personne qui assume une telle garde » (Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, t 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p 891).

¹⁷¹ Voir art 1481 CcQ : « Lorsque le préjudice est causé par plusieurs personnes et qu'une disposition expresse d'une loi particulière exonère l'une d'elles de toute responsabilité, la part de responsabilité qui lui aurait été attribuée est assumée de façon égale par les autres responsables du préjudice ». Voir notamment *Lacombe c André*, [2003] RJQ 720 au para 66, [2003] RRA 96 (CA), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 23739 (10 juillet 2003).

¹⁷² Hubert Reid avec la collaboration de Simon Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, *sub verbo* « immunité ».

¹⁷³ Pour un exemple d'une loi traitant de l'immunité du juge, voir notamment la *Loi sur les privilèges des magistrats*, LRQ c P-24, art 1. Soulignons incidemment l'emploi du terme « privilège » au titre de la loi. Il est permis de se questionner sur l'intention du législateur d'employer un tel mot — lequel apparaît non conforme à la réalité qu'il sous-tend — plutôt que l'expression « immunité ». Le privilège est une « [f]aveur accordée à une personne ou régime réservé à un bien par rapport à la loi commune » (Gérard Cornu, dir, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, *sub verbo* « privilège »).

¹⁷⁴ Pour des illustrations jurisprudentielles sur l'immunité du juge, voir notamment *Morier c Rivard*, [1985] 2 RCS 716, 17 Admin LR 230; *Royer c Mignault*, [1988] RJQ 670, 50 DLR (4^e) 345 (CA), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 20885 (30 juin 1988).

¹⁷⁵ Voir Luc Huppé, *L'immunité de poursuite civile des titulaires de fonctions constitutionnelles*, thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 1993 aux pp 5-6, 60-83 [non publiée].

¹⁷⁶ Voir *Valente c R*, [1985] 2 RCS 673, 24 DLR (4^e) 161.

l'avocat¹⁷⁷, le juge bénéficie d'un privilège qui annihile sa faute civile, en certaines circonstances, lorsqu'il agit dans le cadre du débat judiciaire.

Certes, il faut convenir que l'immunité, qui se rattache plus particulièrement à l'identité de l'auteur responsable et à l'exercice de sa fonction, ne permet pas seulement de limiter la responsabilité, mais de l'écartier tout simplement. À la lueur de l'appréciation circonscrite des éléments qui composent la responsabilité civile et de certains instruments qui peuvent se greffer à une limitation, voire à une exclusion de la responsabilité civile¹⁷⁸, nous sommes d'avis que ces mécanismes — déjà présents dans le système québécois — semblent opérer une délimitation adéquate du périmètre de la responsabilité civile.

Si l'illicéité, comme manquement à une norme comportementale dérivée de la loi, des usages ou des circonstances, peut se révéler à travers la faute civile dans le système québécois, on devrait réfuter la relativité aquilienne dans son principe pour ne conserver que la relativité causale. L'illicéité ne peut être considérée comme une condition additionnelle à la responsabilité civile; une relation d'illicéité (entre la violation de la norme et l'atteinte aux intérêts) ne peut, ni ne doit, s'ajouter au lien causal (entre la faute et le préjudice) à notre avis.

La question qui se pose alors consiste à savoir où placer ces instruments permettant de contenir une extension de la protection de responsabilité civile. À qui les confier : au juge ou au législateur? Solutions cristallisées dans la jurisprudence ou fixées directement dans la loi? Un tel questionnement commande une analyse des rôles respectifs du juge et du législateur. Certes, il s'agit d'une divergence technique plutôt que d'une différence de fond.

2. Les mécanismes propres à circonscrire les cas d'application de la responsabilité civile : entre les mains du juge ou du législateur?

Dans le système germanique, le législateur décide de protéger certains intérêts par rapport à d'autres¹⁷⁹. Il lui appartient exclusivement de déterminer la portée de la protection individuelle. Le juge bénéficie alors d'un pouvoir d'appréciation réduit lorsque se présentent de nouvelles questions de responsabilité, alors que le législateur voit son pouvoir de contrôle sur le juge renforcé.

¹⁷⁷ Voir Mariève Lacroix, *L'avocat diffamateur : ses devoirs de conduite et la mise en œuvre de sa responsabilité civile*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007.

¹⁷⁸ Nous avons mis de côté volontairement les faits justificatifs dans notre analyse.

¹⁷⁹ Voir art 823 BGB.

Au Québec, à l'instar du système français, cette mission est laissée au juge. Pour l'essentiel, le législateur restreint les hypothèses où la responsabilité peut être engagée. On peut néanmoins relever l'existence de la *Charte des droits et libertés de la personne* qui édicte des droits et libertés protégés.

À une casuistique législative, il est permis de privilégier une casuistique judiciaire, laquelle permettrait de pallier les difficultés du législateur de préciser de manière exhaustive les cas susceptibles de générer une situation illicite. C'est au magistrat que revient la tâche de circonscrire ses applications : s'instaure une révolution paradigmatique dans laquelle la relation originale de confrontation « loi-juge » est substituée par une relation de collaboration pour l'effectivité du droit¹⁸⁰.

Il importe de justifier cette affirmation au regard des principes de matrice constitutionnelle qui configurent le tout. Le droit privé québécois s'étant aligné sur la pensée civiliste où la loi constitue la source première du droit, il n'est nul besoin de réitérer, d'un point de vue théorique, la séparation des pouvoirs énoncée par Montesquieu où le juge représentait la « bouche de la loi »¹⁸¹. Cette conception procède de l'idée qu'en prononçant un jugement au terme d'un raisonnement syllogistique, le juge se bornerait à appliquer mécaniquement au cas concret soumis une règle générale intégralement définie au préalable par le législateur¹⁸². En réalité toutefois, cette règle générale, lorsqu'elle existe, ne possède pas une signification objective, unique et prédéterminée, car les termes dans lesquels elle est formulée se prêtent à un nombre variable, selon les cas, d'interprétations diverses. Confronté à un litige, le juge doit identifier parmi tous les sens possibles de la règle de droit celui qui apparaît le plus pertinent à la situation d'espèce. Il faut lui reconnaître un indubitable pouvoir interprétatif et normatif, puisque sa volonté s'exprime non seulement par le prononcé du jugement aux faits de la cause dont il lui appartient d'apprécier la réalité et la portée, mais surtout par la détermination de la règle générale qu'il doit appliquer.

Au Québec, les pouvoirs législatif et judiciaire, tels que configurés par la Constitution canadienne, tendent à un certain recoupement par la reconnaissance indiscutable d'un pouvoir normatif conféré au juge, qui ne peut être confiné, en pratique, à un rôle de simple interprète, mais est in-

¹⁸⁰ Voir Lasserre-Kiesow, *supra* note 45 à la p 430.

¹⁸¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Éditions sociales, 1969 à la p 127 : « Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ».

¹⁸² Un tel principe trouve notamment un écho dans la formulation de l'art 12, al 1 NC proc civ, qui se lit ainsi : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

vesti d'un rôle créateur lorsque la norme applicable (ambiguë, laconique ...) nécessite des précisions. L'esthétique des jugements québécois atteste de l'importance accordée aux motifs justificatifs du magistrat qui se distingue d'une formulation lapidaire des arrêts de la Cour de cassation, notamment. On peut y remarquer un infléchissement, sinon un rapprochement, vers la culture judiciaire de la common law où prévaut une approche de *judge-made law*¹⁸³. L'hybridité du régime juridique québécois, affirmée depuis l'Acte de Québec de 1774, témoigne de cette porosité du droit anglais dans le système de justice québécois¹⁸⁴.

Conclusion

La volonté initiale de sonder la perméabilité des systèmes allemand et canadien avec le droit québécois au sujet de la relativité aquilienne et des instruments qui circonscrivent le champ d'application de la responsabilité civile extracontractuelle personnelle a permis de relever les avantages et les obstacles à la reconnaissance de cette théorie.

Certes, le droit québécois, en raison de la généralité des principes qu'édicte le Code civil, ne dispose pas *a priori* d'outils aussi efficaces pour faire barrage aux réclamations excessives que les droits allemand et canadien. Ces derniers ont forgé des instruments qui permettent aux tribunaux de limiter le champ des responsabilités et de nuancer la protection des victimes en fonction de la nature de l'intérêt atteint ou du dommage invoqué. Le juge allemand peut écarter des demandes d'indemnisation au motif que la norme juridique méconnue n'était pas destinée à protéger l'intérêt auquel la victime prouve une atteinte¹⁸⁵. Le juge canadien, pour sa part, peut utiliser une condition de la responsabilité dans le délit de négligence, le *duty of care*, comme un instrument de limitation efficace du cercle des individus qui peuvent obtenir réparation¹⁸⁶. Or, de tels mécanismes ne sont pas toujours utilisés à bon escient par les juridictions al-

¹⁸³ Voir Patrice Deslauriers, « Droit québécois et droit français des obligations : divergence et concordance » dans H Patrick Glenn, dir, *Droit québécois et droit français : Communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993, 311 à la p 317.

¹⁸⁴ À titre illustratif, le système juridique écossais connaît également un contexte bijuridique : la common law anglaise et le droit civil écossais y coexistent, puisque le *Union with England Act 1707* (R-U), 1707, c 7 a prévu que l'Écosse conservait son droit en matière privée. Un autre exemple est le droit louisianais qui a conservé le droit civil, inspiré de la *Coutume de Paris*, à partir de sa colonisation. Voir Joseph Dainow, dir, *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1974.

¹⁸⁵ Voir art 823 BGB.

¹⁸⁶ Au surplus, la causalité juridique peut être considérée afin de restreindre le domaine d'application de la responsabilité délictuelle (voir la partie II-B, ci-dessus).

lemandes et canadiennes. En particulier, le refus partiel d'indemnisation du dommage purement économique¹⁸⁷ n'est pas sans susciter la critique.

En faveur d'un principe général formulé par l'article 1457 CcQ, on peut signaler sa malléabilité et sa faculté d'adaptation aux situations dommageables nouvelles, sans qu'il ne soit nécessaire de faire intervenir le législateur ou de provoquer une évolution majeure jurisprudentielle. L'aptitude de ce texte à appréhender des cas variés et pluraux s'est d'ailleurs manifestée au regard de nouveaux types de dommages engendrés par l'évolution des structures sociales et le développement des techniques de l'information. Cette plasticité garantit à la disposition son efficacité et sa permanence en dépit des transformations sociales, des nécessités économiques et de la variété des cas concrets, puisqu'une désignation précise serait parfois plus nuisible qu'utile¹⁸⁸. Une telle formulation englobante a également pavé la voie à la reconnaissance de certains droits subjectifs — affirmés ultérieurement par le législateur —, lesquels concou-

¹⁸⁷ Les pertes purement économiques peuvent être définies comme suit : *A pure economic loss is a financial loss which is not causally consequent upon physical injury to the plaintiff's own person or property* (Bruce Feldthusen, *Economic Negligence : The Recovery of Pure Economic Loss*, 5^e éd, Scarborough (On), Carswell, 2008 à la p 1). En common law canadienne, la règle générale d'exclusion de la responsabilité a longtemps prévalu concernant les pertes purement économiques. Elle était fondée notamment sur le danger potentiel d'une avalanche de poursuites, l'impression que le préjudice économique pur est de moindre gravité que celui corporel ou matériel et l'appréhension d'une immixtion indésirable dans le domaine des contrats. On peut toutefois relever une extension de la responsabilité civile pour négligence en ce qui concerne les réclamations pour les pertes purement économiques depuis les arrêts *Hedley Byrne & Co v Heller & Partners Ltd* (1963), [1964] AC 465, [1963] 2 All ER 575; *Anns, supra* note 72; *Junior Books Ltd v The Veitchi Co* (1982), [1983] AC 520, [1982] 3 All ER 201. Dans un climat d'extrême prudence quant à l'admission de telles pertes, la Cour suprême a procédé à une taxonomie des pertes économiques pures, inspirée notamment des travaux du professeur Feldthusen (voir Robert Solomon et Bruce Feldthusen, « Recovery for Pure Economic Loss : The Exclusionary Rule » dans Lewis Klar, dir, *Studies in Canadian Tort Law*, Toronto, Butterworths, 1977 à la p 167). La Cour a reconnu cinq catégories : les déclarations inexactes négligentes, la prestation négligente d'un service (juridique ou de messagerie), la fourniture négligente de marchandises ou de structures de qualité déficiente, la responsabilité des autorités publiques et les pertes économiques relationnelles. De telles catégories ne sont pas exhaustives et il est possible de reconnaître une situation nouvelle où une obligation de diligence pourra être reconnue. Sur la confrontation d'une perspective civiliste au regard de la common law, voir Jutras, *supra* note 100; *supra* note 3.

¹⁸⁸ Voir Henri Batiffol, « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique » dans *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, 35 à la page 44. Voir aussi Jean Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1926 à la p 33 : « [L]a tendance à la souplesse [...] l'emporte, parce qu'il est impossible d'entrer dans un détail infini : la souplesse est une qualité inhérente à toute loi d'application étendue et durable ».

rent à une protection accrue de la personne. Tel que l'énonce Geneviève Viney :

Le principe général de responsabilité pour faute permet non seulement de faire respecter les droits déjà admis à un moment donné, mais aussi de faire apparaître et d'affirmer des droits qui ne sont pas encore reconnus ou formulés. Il apparaît donc comme un moyen efficace de compléter, de perfectionner et de renouveler le système juridique existant¹⁸⁹.

Au Québec, en théorie, le parti pris d'indifférence à l'égard de la nature du dommage¹⁹⁰ ou de l'identité de la victime est néanmoins tempéré par l'existence de certains facteurs propres à restreindre le champ d'application de la responsabilité civile. On a signalé l'émergence du concept d'illicéité à l'alinéa premier de l'article 1457 CcQ, ainsi que la présence des conditions d'admissibilité du préjudice et du lien causal respectivement. Bien plus, se juxtapose l'instauration de régimes spéciaux¹⁹¹ qui facilitent notamment la réparation du dommage corporel.

Si l'on doit dresser un bilan et fournir une appréciation, aucun des obstacles signalés n'est sans remède. On peut conjuguer la formule de l'article 1457 CcQ avec les intérêts énumérés à la *Charte québécoise* afin de préciser le devoir de respecter les règles de conduite en conformité avec les droits et libertés fondamentaux que prévoit cette dernière. La protection de certains intérêts de la personne converge en effet vers l'idée qui irrigue la théorie de la relativité aquilienne. Par ailleurs, la souplesse de cette disposition législative accorde aux juges des pouvoirs considérables et leur laisse une importante discrétion. Afin d'éviter les dérives indemnitaires, ils peuvent recourir à une notion étroite du dommage réparable, eu égard à son caractère direct et certain, et en se montrant plus stricts dans l'appréciation de la causalité.

L'ancrage du principe général de responsabilité civile dans la tradition juridique du Québec est trop profond, nous semble-t-il, pour tenter de le déraciner. La technique conceptualiste doit demeurer. Par conséquent, il est préférable d'en corriger les excès par une interprétation jurisprudentielle modératrice — lesquels excès sont tempérés dans les droits allemand et canadien par certains instruments de raisonnement utiles — sans pour autant heurter de front l'un des principes fondateurs du droit québécois de la responsabilité civile. Une indétermination volontaire dans

¹⁸⁹ Geneviève Viney, « Pour ou contre un principe général de responsabilité civile pour faute? » (2002) 49 *Osaka UL Rev* 33 à la p 41.

¹⁹⁰ Nous avons signalé toutefois une protection renforcée du droit à l'intégrité (voir la partie III-A, ci-dessus).

¹⁹¹ Voir *LAA*, *supra* note 103; *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, LRQ c A-3.001; *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, LRQ c I-6.

le texte législatif, de par une formulation laconique, permet en somme d'englober le plus grand nombre de situations factuelles possibles et de tenir compte de la diversité humaine et sociale¹⁹².

Moyen d'équité, mais également de comblement des lacunes, il s'agit d'un puits percé « dans la toile du texte législatif par lequel les juges rejoindraient, dans leur démarche interprétative, la nappe phréatique des valeurs collectives »¹⁹³. Comme l'énonce Gérard Cornu avec virtuosité : « Le non-dit fait partie du bien dire, comme les silences de la musique. Et ce n'est pas du non-droit, mais seulement ce droit latent que recèle en attente le silence éloquent des lacunes intentionnelles du droit »¹⁹⁴. Il est donc vrai que l'art d'écrire est aussi celui de se taire¹⁹⁵.

¹⁹² Voir Marie José Longtin, « Le style civiliste et la loi » dans Nicholas Kasirer, dir, *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Thémis, 2003, 185 à la p 199. L'auteure poursuit comme suit : « À cet égard, le code est une œuvre de confiance en l'interprète : on se fie à son jugement et à sa modération pour appliquer les règles avec discernement et pour tenir compte de la diversité et du bouillonnement de la vie » (*ibid*).

¹⁹³ Andrée Lajoie, Régine Robin et Armelle Chitrit, « L'apport de la rhétorique et de la linguistique à l'interprétation des concepts flous » dans Danièle Bourcier et Pierre Mackay, dir, *Lire le droit : Langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, 1992, 155 à la p 157.

¹⁹⁴ Gérard Cornu, « Rapport de synthèse » dans Nicolas Molfessis, dir, *Les mots de la loi*, Paris, Economica, 1999, 99 à la p 108.

¹⁹⁵ Voir Gérard Cornu, « L'art d'écrire la loi » dans Alain Bénabent et al, dir, *Le Code civil*, Paris, Seuil, 2003, 5 à la p 9.