LES RAMIFICATIONS DE L'INTERDICTION D'OPTER. Y A-T-IL UN CONTRAT? OÙ FINIT-IL?

Pierre-Gabriel Jobin*

Dans son article, l'auteur discute de la décision du législateur d'interdire aux parties à un contrat d'opter entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle. L'auteur constate que le Code civil ayant intégré, en grande partie, les règles contractuelles et extracontractuelles, les contrats et les « délits » ne forment plus deux mondes et le contraste entre les deux branches est nettement atténué; les répercussions s'en trouvent donc aussi diminuées. Il observe également que dans plusieurs situations, le tribunal devra déterminer la nature contractuelle ou extracontractuelle de la relation afin, s'il y a contrat, d'en fixer les limites – dans le temps et l'espace – ou de définir l'existence d'une obligation implicite et, éventuellement, son intensité.

Introduction

Dans un geste assez spectaculaire, la réforme du Code civil a interdit aux parties à un contrat d'opter entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle (art. 1458, al. 2 C.c.Q.). Ce nouveau principe, contraire à la jurisprudence antérieure, porte des noms divers : interdiction d'opter, respect du régime contractuel, règle du non-cumul. Les répercussions de cette initiative du législateur vont dans toutes directions; c'est un musée de curiosités! Avant de les explorer, il est cependant indispensable à une juste compréhension de situer l'interdiction d'option dans le contexte d'autres changements très importants effectués dans le chapitre sur la responsabilité. Ils sont de deux ordres.

En premier lieu, la disposition des règles sur la responsabilité civile dans le Code a été profondément remaniée. Elle se présente désormais comme un *ensemble unifié*, composé de deux branches : la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle¹.

* Ad. E., Titulaire émérite de la Chaire Wainwright en droit civil, Faculté de droit, Université McGill, Montréal.

¹ Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile : Principes généraux*, vol. 1, 7^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007 au n^{os} 1-46, aux pp. 28-29 [Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1]; Jean Pineau, Danielle Burman et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001 au n^o 444, aux pp. 758-59 [Pineau, Burman et Gaudet, *Obligations*]; Claude Masse, « La responsabilité civile »

En effet, le législateur a intégré, dans une très large mesure, les règles contractuelles et extracontractuelles de droit commun². Arrivent en tête de la section du Code intitulée *Dispositions générales* les articles 1457 et 1458, les deux règles de base de toute responsabilité; ils sont placés côte à côte, ce qui n'est pas le fruit du hasard. La section *Des conditions de la responsabilité* comprend, entremêlées, des dispositions communes aux deux régimes.

Dans les sous-sections sur l'exonération et le partage de la responsabilité, on trouve des règles communes aux deux branches de responsabilité (dont celles sur la force majeure, la clause exonératoire, l'obligation de la victime de réduire sa perte³), des règles propres au régime contractuel (sur l'effet d'un avis de non-responsabilité à l'égard du cocontractant⁴), et enfin au moins une disposition propre à la responsabilité extracontractuelle (sur la validité de l'avis de non-responsabilité à l'égard des tiers⁵).

Le législateur a poursuivi cette intégration des deux régimes dans la sous-section *De l'exécution par équivalent*. La grande majorité des règles qu'il y a placées sont communes aux deux branches de responsabilité (par exemple celles sur le caractère direct du préjudice, la compensation du préjudice futur, l'indemnité additionnelle, les dommages punitifs⁶).

Ainsi, depuis la réforme du Code civil, les contrats et les « délits » ne forment plus deux mondes à part. Dès lors, le principe du respect du régime contractuel s'harmonise avec la conception unitaire de la

dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil : Obligations, contrats nommés*, vol. 2, Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université Laval, 1993, 235 au n° 4, à la p. 242 [Masse, « Responsabilité civile »].

² Cette intégration aurait pu être poussée plus loin. Ainsi, deux catégories de victimes d'un défaut de sécurité ont été créées, sans justification, par la responsabilité extracontractuelle du fabricant pour défaut de sécurité (art. 1468 et s. C.c.Q.) d'une part, et, d'autre part, la responsabilité contractuelle du vendeur pour garantie des vices (art. 1726 et s. C.c.Q. et, avec des différences, art. 53 L.p.c.) ou pour avertissement d'un danger inhérent (art. 53 L.p.c. et obligation prétorienne, implicite dans le cadre du Code civil). Voir sur ce sujet Nathalie Vézina, *L'obligation de sécurité. Étude de droit comparé (droits français et québécois)*, thèse de doctorat en droit comparé, Université de Paris II – Panthéon-Assas, 2006 [à paraître aux Éditions Yvon Blais en 2009] aux n^{os} 230, 341, 604 [Vézina, *Obligation de sécurité*].

³ Art. 1470, 1474, 1479 C.c.Q.

⁴ Art. 1475 C.c.Q.

⁵ Art. 1476 C.c.Q.

⁶ Art. 1607, 1611 al. 2, 1619, 1621 C.c.Q. En fait, la règle particulière sur le caractère prévisible du dommage susceptible de réparation en matière contractuelle (art. 1613 C.c.Q.) est à peu près seule de son genre.

responsabilité. La formule consacrée « unité de la responsabilité malgré la dualité de régimes juridiques » est encore plus vraie au Québec qu'en France⁷.

La réforme du Code civil a réalisé un autre changement fondamental. Bien qu'il subsiste encore quelques différences entre les deux régimes de responsabilité⁸, le législateur a considérablement réduit celles qui existaient auparavant (par exemple pour la période de prescription extinctive, les conditions de réparation du dommage moratoire⁹). Le contraste entre les deux branches de responsabilité est nettement atténué. Les juges se trouvent donc beaucoup moins souvent qu'autrefois dans le dilemme de choisir entre une règle contractuelle et une autre extracontractuelle.

Les répercussions de l'interdiction d'opter s'en trouvent considérablement diminuées. Il n'est pas facile de trouver des situations concrètes où on doit appliquer l'interdiction, tant elles sont rares. En fait, on relève des décisions assez nombreuses dans lesquelles le juge ne se donne pas la peine de qualifier la situation de contractuelle ou extracontractuelle, pour la bonne raison qu'il n'y a aucun intérêt pratique à le faire en l'espèce.

Dans cette question des ramifications de l'interdiction d'option, il ne s'agit pas de glorifier le contrat pour lui-même. Le but de ce principe est de respecter la volonté et les attentes légitimes des parties, qui ont conclu un accord pour régir une opération (un contrat de service, par exemple) ou une situation (comme la gérance d'une entreprise). Si les parties ont convenu d'une clause d'arbitrage, une clause pénale, une clause sur la loi applicable, etc., elles s'attendent à ce que leur entente soit respectée et elles en ont parfaitement le droit, en vertu de la force obligatoire du contrat. L'interdiction d'opter a comme raison d'être de faire respecter l'intégrité

⁷ Voir sur ce sujet Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, *supra* note 1 aux n^{os} 1-45 à 1-48, aux pp. 27-30; Pineau, Burman et Gaudet, *Obligations*, *supra* note 1 au n^o 444, aux pp. 757-67; Masse, « La responsabilité civile », *supra* note 1 au n^o 17, à la p. 251. Sur l'unité de la responsabilité civile, contractuelle et extracontractuelle, avant la réforme du Code civil, voir Paul-André Crépeau, « Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien » (1962) 22 R. du B. 501.

⁸ Voir sur ce sujet Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 6e éd. 2005, par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina, Cowansville (Qc), Yvon Blais, au n^o 792, aux pp. 770-75 [Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*].

⁹ Art. 1617, 1618, 2925 C.c.Q. Ce mouvement d'uniformisation avait été amorcé avant la réforme de 1991. Voir sur ce sujet Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*, *supra* note 8 au n^o 792, aux pp. 774-75.

du contrat contre l'intrusion des règles étrangères de la responsabilité extracontractuelle¹⁰.

L'interdiction d'option ne présente aucune difficulté pour les juges dans les affaires où la situation peut donner ouverture clairement, d'une part, à une règle légale de la responsabilité extracontractuelle et, d'autre part, une stipulation conventionnelle ou une disposition légale de la responsabilité contractuelle; le juge n'a pas à choisir : il *doit* appliquer la règle contractuelle. C'est plutôt dans d'autres situations, ambiguës, que l'interdiction d'option a un impact sérieux sur le travail du juge. Selon les circonstances, il devra alors qualifier la relation entre les parties comme étant contractuelle ou extracontractuelle; puis, s'il y a un contrat, il devra en fixer les limites; dans certains cas, le juge devra décider d'établir, ou ne pas établir, une obligation implicite; enfin, il lui faudra parfois préciser l'intensité de celle-ci. Des tâches qui ne sont pas de tout repos, comme on le verra.

A) Une situation contractuelle ou extracontractuelle

Une première question se pose : existe-t-il vraiment un contrat entre les parties? En d'autres termes, il s'agit de déterminer quel régime, contractuel ou extracontractuel, appliquer à *l'ensemble de la situation* – on verra plus bas qu'en présence d'un contrat le juge décidera parfois que telle ou telle obligation particulière se situe hors de ses limites et doit être qualifiée d'extracontractuelle. Il n'est pas toujours facile de décider s'il y a eu échange de consentements. La jurisprudence en offre quatre exemples révélateurs.

1. Le contrat de transport de personne

Le transport de personne présente le paradigme de ce type de problème. Il est aussi l'exemple typique d'une solution que le législateur peut apporter à une telle situation embarrassante. Pour des raisons historiques sans doute, le Code civil du Bas-Canada ne prévoyait que le contrat de transport de marchandises¹¹; on n'y trouvait aucune disposition sur le transport de personne. De quel recours disposait donc le passager blessé? Après une longue période où la responsabilité extracontractuelle¹² avait exercé une grande force d'attraction pour toute réparation d'un préjudice non visée directement par un article de loi, la Cour d'appel a voulu donner un coup

¹⁰ Geneviève Viney, « Pour une interprétation modérée et raisonnable du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle » (1994) 39 R.D. McGill 813 à la p. 817 [Viney, « Pour une interprétation modérée »].

¹¹ Art. 1672 et s. C.c.B.-C.

¹² Voir par exemple *Desmeules c. Renaud*, [1950] B.R. 659.

de barre : elle a proclamé l'existence du contrat de transport de personne ainsi que celle de l'obligation implicite de veiller à la sécurité du passager; désormais le blessé disposait donc d'un recours contractuel contre le transporteur¹³. C'était en 1973.

Curieusement, cet arrêt a été plus ou moins ignoré. Les tribunaux, même la Cour d'appel, sont par la suite retournés à la responsabilité extracontractuelle du transporteur dans bien des cas¹⁴. La doctrine, qui avait plaidé vigoureusement pour une responsabilité contractuelle du transporteur¹⁵, semblait donc avoir perdu la bataille. La défaite n'était peut-être pas si cruelle, cependant, du fait que l'option entre les deux régimes était souvent permise à cette époque¹⁶.

La réforme du Code civil allait provoquer un revirement de situation. Le législateur a codifié le contrat de transport de passager lui-même ainsi que l'obligation de sécurité du transporteur¹⁷. De son côté, l'interdiction d'opter (elle aussi introduite par la réforme, rappelons-le) élimine toute responsabilité extracontractuelle du transporteur, du moins vis-à-vis le passager qui défraie son transport. La situation juridique est claire et nette, aujourd'hui. Il n'en reste pas moins, faut-il le constater, que le cheminement a été laborieux.

Le transport gratuit de personne constitue une énigme au Québec comme ailleurs¹⁸? Peut-on parler de « consentement » entre le transporteur et la personne transportée? Pour éviter l'imbroglio juridique de telles situations, la réforme du Code civil a établi une dichotomie entre le transport gratuit et le transport onéreux. Le législateur a d'abord prévu qu'en règle générale, la responsabilité du transporteur à titre gratuit ne

¹³ *Surprenant c. Air Canada*, [1973] C.A. 107.

¹⁴ Voir par exemple *Timm c. Commission de transport de la communauté urbaine de Montréal*, [1986] R.J.Q. 2509 (C.A.), confirmant J.E. 84-738 (C.S.); *Via Rail Canada inc. c. Philibert*, [1985] C.A. 228, confirmant [1983] C.S. 1022 (C.S.). Voir sur cette question Nathalie Vézina, « Le trajet convergent de la responsabilité civile contractuelle et du contrat de transport de personnes en droit québécois : premier bilan de l'itinéraire » dans Benoît Moore, *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 577 [Vézina, « Le trajet convergent »].

¹⁵ Notamment Paul-André Crépeau, « Réflexions sur le fondement juridique de la responsabilité civile du transporteur de personnes » (1960-61) 7 R.D. McGill 225.

¹⁶ *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578, infirmant [1979] C.A. 279, [1977] C.S. 782; *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 1554, confirmant (1988) 12 Q.A.C. 121, [1987] R.D.J. 232 (C.A.). Consacrant la règle de l'option, l'arrêt *Wabasso* a mis fin à la controverse.

¹⁷ Art. 2036 et s., spécialement 2037 C.c.Q.

¹⁸ Jacques Auger, « Le transport bénévole : fait juridique ou acte juridique? » (1976) 6 R.D.U.S. 285.

pouvait être qu'extracontractuelle; par ailleurs, il a expressément étendu au transport gratuit la nature contractuelle des relations entre le passager et le transporteur en autant que le transport soit exécuté « *par une entreprise de transport dans le cours de ses activités* »¹⁹. Ce découpage a un impact significatif : d'un côté, une obligation de résultat est imposée au transporteur à titre onéreux et au transporteur à titre gratuit dans le cours de ses activités; de l'autre côté, seule une obligation de moyens, en responsabilité extracontractuelle, incombe au transporteur à titre gratuit quand il n'agit pas dans le cours de ses activités²⁰.

Il est tout à fait justifiable que le transporteur professionnel, dans le cadre de son entreprise, ait les mêmes obligations vis-à-vis du passager payant et du passager non payant; le passager a les mêmes attentes légitimes dans les deux cas. Au contraire, le transporteur à titre gratuit qui agit en dehors du cours de son entreprise rend un service d'ami; sa responsabilité sera donc extracontractuelle et moins lourde. La portée pratique de ces dispositions est cependant modeste puisque la réparation du préjudice corporel subi lors de tout accident de la route est prise en charge par la Société de l'assurance automobile²¹.

Ce fin découpage des diverses situations de transport conduit naturellement à une application circonstanciée de l'interdiction d'option. Ce n'est qu'après avoir complété l'exercice de la qualification contractuelle ou extracontractuelle que le tribunal appliquera, s'il y a lieu, l'interdiction.

2. *Le prétendu contrat d'entraide*

Théoriquement, il y a contrat d'entraide, ou d'assistance bénévole, dans les circonstances où une personne en aide une autre à accomplir une tâche sans rémunération. Il arrive que celui qui est venu prêter main-forte se blesse; la question se pose alors de savoir si son droit à la réparation est contractuel ou extracontractuel. Dans ces situations, les tribunaux français ont eu recours au soi-disant contrat d'entraide et à la responsabilité contractuelle pour indemniser la victime²². Cette construction n'a pas manqué d'être critiquée par la doctrine; madame Viney est allée jusqu'à écrire que cette

¹⁹ Art. 2032 C.c.Q. [Nos italiques].

²⁰ Art. 2032 et 2037 C.c.Q.

²¹ La *Loi sur l'assurance automobile* s'applique, L.R.Q. c. A-25.

²² Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993, *Compagnie Groupe populaire d'assurances c. Caisse primaire d'assurance maladie d'Indre-et-Loire*, Bull. civ. 1993.I.28, n° 42, Gaz. Pal. 1993.2^e sem. Jur. 434 [note François Chabas]; Patrice Jourdain, « Jurisprudence française en matière de droit civil : Obligation et contrats spéciaux: Responsabilité civile » (1993) 92 R.T.D. civ. 584; Geneviève Viney, « Responsabilité

solution « relève de la plus haute fantaisie »²³. Dans une deuxième étape, les juges français sont donc revenus à la responsabilité délictuelle²⁴. Une telle inconstance dans la jurisprudence est évidemment source d'incertitude du droit et a soulevé l'ire des auteurs²⁵.

Or, au Québec, il est frappant de relever que les tribunaux ne se sont jamais lancés dans pareille aventure; ils ont toujours qualifié l'entraide de relation extracontractuelle. La jurisprudence contemporaine nous en donne des exemples, tel cet homme qui s'est blessé en aidant son beau-frère à fendre le bois de chauffage au moyen d'une machine²⁶. Contrairement à la France, au Québec il n'existe aucune incertitude sur cette qualification et l'interdiction de l'option *n'a aucune incidence* dans les circonstances d'entraide.

3. Une activité sportive ou de loisir

Quand une personne, moyennant paiement, s'engage dans une activité de sport ou de loisir et se blesse, la responsabilité est la plupart du temps contractuelle et se fonde sur une obligation implicite de sécurité. Tels sont les accidents survenus dans un camp de chasse²⁷, un club de motoneige²⁸, et au cours d'une randonnée d'équitation²⁹. Le principe de l'interdiction de

civile » J.C.P. 1993.I.3727 aux n^{os} 4-6, aux pp. 539-40; (1993) Resp. civ. et assur. Commentaires 114 et 115; Muriel Fabre-Magnan, « L'existence d'un accord sur le partage des frais de voyage ne suffit pas à établir un contrat de transport entre les parties », Chronique de Cass. civ. 1^{er}, 6 avril 1994, *Stephano c. Spinelli*, J.C.P. 1994.I.3781 au n^o 1.

²³ « [E]nglober dans la catégorie des contrats pareille situation relève, me semble-t-il, de la plus haute fantaisie. En élargissant à ce point le concept de contrat, on lui retire en effet toute spécificité. » Viney, « Pour une interprétation modérée », *supra* note 10 à la p. 821.

²⁴ Patrice Jourdain, « L'obligation de sécurité (À propos de quelques arrêts récents) » Gaz. Pal. 1993.2^e sem. Doctr.1171.

²⁵ Phillippe Rémy a pu écrire que « la concurrence des voies contractuelle et délictuelle de la réparation a ainsi perdu toute cohérence » : « La 'responsabilité contractuelle' : histoire d'un faux concept » (1997) 96 R.T.D. civ. 323 au para 17, à la p. 337 [Rémy, « Faux concept »].

²⁶ *Accessoires d'auto Vipa inc. c. Therrien*, [2003] R.J.Q. 2390, REJB 2003-46428 (C.A.), confirmant *Therrien c. Laprise*, [2001] R.J.Q. 202, REJB 2000-21582 (C.S.). Voir également, par exemple, *Boisclair c. Nolet*, 2008 QCCA 2383, EYB 2008-151766; *Chabot c. Chabot*, 2008 QCCS 886, EYB 2008-130847.

²⁷ *Charette c. Société des établissements de plein air du Québec*, REJB 2004-53225 (C.A.), confirmant J.E. 2001-1514 (C.S.).

²⁸ *Gaudreault c. Club Les Neiges Lystania*, [2000] R.R.A. 904 (C.S.), conf. par [2002] R.R.A. 282 (C.A.).

²⁹ Voir par exemple *Desrosiers c. Centre hippique de la Mauricie Inc.*, [2004] R.R.A. 755 (C.A.); *Morin c. Leblanc*, 2007 QCCS 6478, [2007] R.D.I. 128, EYB 2007-128525.

l'option s'applique alors. Certes, la jurisprudence n'est pas parfaitement constante³⁰, car quelques décisions de première instance ont plutôt recours à la responsabilité extracontractuelle, par exemple pour des activités parascolaires³¹ ou de ski alpin³². Mais ce choix est effectué sans motivation par la cour, vraisemblablement parce que l'affaire avait été ainsi plaidée et que le juge n'avait pas soulevé la question à l'audition³³.

4. *Le contrat de soins hospitaliers*

La responsabilité de l'hôpital pour le préjudice subi par un patient en raison de la faute d'un médecin a fait l'objet de débats et de revirements célèbres. Après une très longue période où tout préjudice corporel dans ce contexte faisait l'objet d'une responsabilité extracontractuelle, la théorie d'un contrat intervenu entre l'hôpital et le patient a été retenue par la doctrine³⁴ et de la jurisprudence³⁵. Cette qualification emportait notamment une obligation contractuelle implicite de sécurité et l'application de la responsabilité contractuelle pour autrui.

Depuis les années 80, un nouveau courant doctrinal³⁶, suivi par la jurisprudence³⁷, préconise plutôt un régime de responsabilité

³⁰ Voir sur cette question Nathalie Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel sur le fondement de l'obligation de sécurité en droit québécois : solution efficace ou défectueuse? » dans Service de la formation continue. Barreau du Québec, *Le préjudice corporel (2006)*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 115 à la p. 123 [Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel »].

³¹ Voir par exemple *Gingras c. Commission scolaire des Chutes de la Chaudière*, [1998] R.R.A. 625 (C.Q.).

³² Voir par exemple *Dubé c. Domaine de ski Mont-Bruno Inc.*, [2005] R.R.A. 1207 (rés.), J.E. 2005-1541, EYB 2005-92379 (C.S.); également *Goyer c. Tennis 13 inc.*, 2008 QCCS 1651, EYB 2008-132776 (club de tennis).

³³ Les juges agissent ainsi par insouciance ou ignorance. Cette forme de déviance ne signifie pas, selon moi, qu'ils refusent d'appliquer l'interdiction d'opter. *Contra* Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel », *supra* note 30 à la p. 123.

³⁴ Paul-André Crépeau, « La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien » (1981) 26 R.D. McGill 673; Alain Bernardot et Robert P. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Revue de droit de l'Université Sherbrooke, 1980 au n° 146, à la p. 103.

³⁵ Voir notamment *Houde c. Côté*, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.); *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.), inf. pour d'autres motifs par [1992] 1 R.C.S. 351.

³⁶ Andrée Lajoie, Patrick Molinari et Jean-Louis Baudouin, « Le droit aux services de santé : légal ou contractuel? » (1983) 43 R. du B. can. 675; Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile : Responsabilité professionnelle*, vol. 2, 7^e ed., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007 au n° 2-30, aux pp. 34-35 [Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 2].

³⁷ Notamment *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault*, [2001] R.J.Q.

extracontractuelle entre le patient et le centre hospitalier, sauf cas particulier. La solution présente certains avantages pratiques. Les médecins et les autres professionnels de la santé œuvrant dans l'hôpital sont ainsi tous soumis au même régime; de plus, la question de l'interdiction d'opter perd toute pertinence dans ce contexte. Toutefois, le patient ne peut invoquer contre l'hôpital ni la responsabilité contractuelle du fait d'autrui ni la responsabilité extracontractuelle du commettant, car il n'existe pas de lien de préposition entre l'hôpital et le médecin; il doit donc démontrer une faute *distincte* de l'institution, telle qu'une gestion déficiente³⁸.

En somme, dans les situations examinées ci-dessus, l'interdiction d'option joue un rôle dans certains cas, mais la difficulté majeure reste plutôt la qualification de l'opération ou la situation comme étant contractuelle ou extracontractuelle.

B) Les limites du contrat

« Définir le cercle contractuel » est une jolie expression qui, en réalité, a un double sens. D'une part, il s'agit de déterminer quelles sont les limites d'un contrat dans le temps, dans l'espace et par rapport aux personnes qui y sont parties; d'autre part, « définir le cercle contractuel » signifie déterminer quelles obligations implicites un contrat doit comprendre. Ce ne sont pas là des tâches faciles. Le juge effectue alors une sorte de chirurgie esthétique pour modeler le contrat et séparer les obligations contractuelles des obligations extracontractuelles.

Fixer les limites du contrat dans le temps et l'espace et en identifier les parties ne posent pas toujours problème. Ainsi, l'obligation d'information, au stade de formation du contrat, n'entre pas dans le contrat et est régie par la responsabilité extracontractuelle³⁹; ceci ne porte à aucune controverse.

832 (C.A.) [*Camden-Bourgault*]; voir toutefois le commentaire de Robert P. Kouri, « L'arrêt *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault* et le contrat hospitalier occulté : aventurisme ou évolution? » (2004) 35 R.D.U.S. 307.

³⁸ Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 2, *supra* note 36 aux n^{os} 2-98 et s., aux pp. 84 et s. Voir aussi sur ce sujet Suzanne Philips-Nootens, Pauline Lesage-Jarjoura et Robert P. Kouri, *Éléments de responsabilité civile médicale. Le droit dans le quotidien de la médecine*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007 au n^o 44, aux pp. 34-36; Catherine Dagenais, « La responsabilité contractuelle du fait d'autrui en droit médical et hospitalier » (1998) 32 R.J.T. 1.

³⁹ Voir par exemple *Baum c. Mohr*, 2006 QCCS 2608, EYB 2006-105409, conf. par 2008 QCCA 718, EYB 2008-132239 (devoir du médecin d'informer son patient des risques inhérents à l'intervention envisagée). Dans des cas relativement peu fréquents où une convention a été conclue pour encadrer et régir les négociations elles-mêmes, la responsabilité est évidemment contractuelle.

En revanche, dans d'autres contextes, peu fréquents il est vrai, la définition du cercle contractuel a donné lieu à une jurisprudence assez abondante et parfois étonnante. Qu'on en juge par les cinq cas suivants.

1. Un accident survenant au début ou à la fin d'une opération

Lorsqu'un accident se produit juste au début ou juste à la fin de l'opération visée par le contrat, il est malaisé de le faire tomber à l'intérieur ou à l'extérieur du cadre contractuel. Le transport de personne par train en fournit l'exemple topique : comment qualifier le préjudice subi par le passager qui se blesse sur le quai de la gare avant de monter dans le train ou encore après en être descendu? Sa chute dans la gare elle-même sera-t-elle régie par le contrat?

En jurisprudence française, la sphère contractuelle a eu tendance à se gonfler sans fin pour englober ces situations à la marge du transport, et d'autres opérations objet du contrat qui ne seront pas discutées ici faute d'espace. On a décidé par exemple que les accidents survenant sur le quai d'embarquement ou même dans la gare étaient couverts par le contrat de transport⁴⁰. C'était faire dire beaucoup de choses au contrat! Qui pis est, cette qualification a varié d'une époque à l'autre, la Cour de cassation oscillant entre le contractuel et le délictuel⁴¹. Au caractère artificiel de la qualification contractuelle s'ajoutait donc l'incertitude du droit résultant de cette « valse-hésitation » – ce que n'a pas manqué de dénoncer la doctrine⁴².

Au Québec, le législateur a anticipé ce problème en précisant que le contrat de transport inclut l'embarquement et le débarquement⁴³. *A contrario*, la responsabilité extracontractuelle prend la place qui lui revient pour tout accident survenant avant l'embarquement ou après le débarquement⁴⁴. Mais toute difficulté n'est pas écartée pour autant. Le

⁴⁰ Cass. civ., 21 novembre 1911, S. 1912.I.73 (note Ch. Lyon-Caen), D. 1913.I.249 (1^{re} esp.); Cass. civ., 27 janvier 1913, S. 1913.I.117 (note Ch. Lyon-Caen), D. 1913.I.249 (2^e esp.); Cass. civ., 21 avril 1913, S. 1914.I.5 (note Ch. Lyon-Caen); D. 1913.I.249 (concl. Sarrut).

⁴¹ Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 17 mai 1961, J.C.P. 1961.II.12217*bis* (note René Rodière); André Tunc, « Jurisprudence en matière de droit civil : Obligations et contrats spéciaux » (1961) 69 R.T.D. civ. 671 à la 689; Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 1989, Bull. civ. 1989.I.77, D. 1991.Jur.1 (note Philippe Malaurie), Gaz. Pal. 1989.2^e sem. Jur. 632, (note Gilbert Paire); Resp. civ. et assur. 1989.

⁴² « C'est, au gré des espèces, écrira Philippe Rémy à juste titre, la valse-hésitation des responsabilités contractuelle et délictuelle » : Rémy, « Faux concept », *supra* note 25 à la p. 239.

⁴³ Art. 2036 C.c.Q.

⁴⁴ Vézina, « Le trajet convergent », *supra* note 14, à la p. 593.

problème d'identifier précisément, dans les faits, le début et la fin du contrat peut bien se soulever dans le cadre d'autres contrats, et même dans le contrat de transport, par exemple pour le métro⁴⁵.

L'interdiction d'option, quoiqu'importante, n'aura d'incidence que dans les cas où l'accident se situera à l'intérieur du cercle contractuel.

2. La responsabilité d'une partie vis-à-vis un tiers

La responsabilité du contractant vis-à-vis un tiers qui n'a pas reçu le bénéfice attendu de l'exécution du contrat surgit, elle aussi, à la frontière des contrats et de la responsabilité extracontractuelle. On a déjà mis de l'avant l'idée d'une responsabilité contractuelle, fondée sur une stipulation pour autrui *implicite* dans le contrat, en faveur du tiers auquel est destiné le bénéfice prévu au contrat. Ce pourrait être le cas, par exemple, dans le louage d'habitation, pour les membres de la famille du locataire habitant les lieux loués avec lui. Quand les présomptions contre le gardien d'un bien ou le propriétaire d'un bâtiment⁴⁶ ne trouvaient pas à s'appliquer en l'espèce, ce raisonnement permettait au conjoint du locataire de réclamer des dommages-intérêts du locateur, pour avoir manqué à son obligation contractuelle d'entretien⁴⁷. Puisque cette obligation est en une de résultat, cette solution était évidemment plus avantageuse que l'obligation de moyens de l'article 1053 C.c.B.C. Il y a eu autrefois quelques tentatives dans ce sens⁴⁸, mais l'idée a été abandonnée.

Aujourd'hui, le conjoint et les enfants du locataire doivent instituer leur recours contre le locateur en Cour du Québec ou en Cour supérieure, et non à la Régie du logement, puisque la compétence de cette dernière est restreinte au *contrat* de louage d'habitation; leur recours est donc strictement extracontractuel⁴⁹. À moins de bénéficier des présomptions

⁴⁵ Déterminer à quel point précis commence ou finit le contrat de transport par métro soulève encore des difficultés en jurisprudence (par ex. pour un accident dans les escaliers mécaniques menant au quai); la responsabilité est le plus souvent extracontractuelle (par exemple *Corviello c. Société de transport de la Communauté urbaine de Montréal*, B.E. 97BE-944 (C.Q.)), parfois contractuelle (par exemple *Étienne c. Société de transport de la Communauté urbaine de Montréal*, J.E. 2003-527 (C.S.)).

⁴⁶ Art. 1465 ou 1467 C.c.Q.

⁴⁷ Art. 1604, 1605 C.c.B.-C.

⁴⁸ Voir par exemple *Collin c. Vadenais*, (1928) 44 B.R. 89, à la p. 102-03, juge Allard, dissident; *Ouimet c. Labbé*, [1965] B.R. 62 à la p. 64, juge Bissonnette. Également, en responsabilité médicale pour un enfant amené en consultation par son parent chez un médecin : *X c. Mellen*, [1957] B.R. 389. Voir aussi sur ce sujet *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452.

⁴⁹ *La Royale du Canada, compagnie d'assurance c. Monsef*, [1995] R.R.A. 584 (rés.), J.E. 95-939 (C.Q.); *Le Gresley c. Contant*, B.E. 99BE-17 (C.S.); *General Accident*,

pesant sur le gardien d'un bien ou le propriétaire d'un bâtiment, ils devront prouver la faute du locateur selon l'article 1457 C.c.Q.

Il est fermement établi que le tiers, victime de l'inexécution du contrat, est exclu du cercle contractuel; son recours est extracontractuel selon les célèbres arrêts *Houle c. Banque canadienne nationale* et *Banque de Montréal c. Bail*⁵⁰.

Exceptionnellement, il y aura cependant responsabilité contractuelle dans les rares circonstances où on trouvera une intention de faire une stipulation pour autrui exprimée dans les termes, même ambigus, de la convention. L'ancien arrêt de principe demeure *Boucher c. Drouin*⁵¹, qui sera cité avec approbation dans *Houle*. Il s'agissait d'un contrat pour le déneigement d'une route; la Cour d'appel a interprété une clause de la convention comme exprimant *l'intention de conférer* aux usagers de la route un *droit* contractuel contre l'entrepreneur en cas d'accident dû au mauvais entretien. Dans ce motif de l'arrêt, il ne s'agissait donc pas d'appliquer la règle des obligations implicites de l'article 1024 C.c.B.C. (1434 C.c.Q.), mais bien d'interpréter les termes de la convention des parties selon les articles 1013 et s. C.c.B.C. (1425 et s. C.c.Q.).

Je reviendrai plus bas sur les cas particuliers de l'invité et du proche du contractant.

Pour savoir s'il y a lieu d'appliquer l'interdiction d'option, il faut donc déterminer d'abord si la convention comporte une stipulation pour autrui. C'est uniquement dans cette hypothèse, rare en pratique, que l'interdiction entrera en jeu, dans l'état actuel du droit.

3. *L'indemnisation de la victime par ricochet*

Une problématique semblable s'est soulevée à propos de l'indemnisation de la victime par ricochet d'une faute contractuelle. C'est le cas notamment pour le préjudice subi par le conjoint et les enfants de la victime immédiate qui a été blessée et qui, elle seule, est partie au contrat. À une certaine époque, la jurisprudence française a reconnu une stipulation

compagnie d'assurance du Canada c. Doré, [1998] R.J.Q. 3350, REJB 98-09997 (C.Q.); *Mailloux c. Brousseau*, 2006 QCCQ 11297, EYB 2006-111098 (C.Q.).

⁵⁰ *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554. Toutes les circonstances sont prises en compte comme faits pertinents pour définir la faute, notamment l'existence du contrat, l'obligation contractuelle pertinente à l'affaire et sa violation.

⁵¹ *Boucher c. Drouin*, [1959] B.R. 814. Également *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, *supra* note 48; *Collin c. Vadenais*, *supra* note 48; *Ouimet c. Labbé*, *supra* note 48.

pour autrui *implicite* en faveur des proches du contractant, en particulier dans le contrat de transport de passager⁵²; les juges français présumaient qu'en passant le contrat le transporteur et le passager avaient l'intention de conférer une indemnité à tous les proches de celui-ci en cas d'accident dû à la faute du transporteur – une construction discutable, qui a déplu à la doctrine⁵³.

Au contraire, la jurisprudence québécoise majoritaire n'a pas emprunté ce chemin. Au Québec, le recours de la victime par ricochet est tout simplement extracontractuel, en principe. La jurisprudence en matière de transport de passager⁵⁴ et de distribution de produits dangereux⁵⁵ est claire là-dessus. Cependant, elle n'est pas toujours constante; ainsi, on relève parfois des cas de responsabilité contractuelle à l'égard de l'enfant de la partie contractante⁵⁶ – apparemment un expédient pour éviter des motifs qu'on trouverait trop longs ou délicats. J'y reviendrai.

En principe, l'interdiction d'option ne s'applique donc pas entre la partie au contrat et la victime par ricochet.

4. La responsabilité du fabricant vis-à-vis le sous-acquéreur pour un défaut de sécurité

Depuis la réforme du Code civil, un régime particulier de responsabilité du fabricant pour tout défaut de sécurité confère aux tiers un recours en responsabilité extracontractuelle contre le fabricant⁵⁷. Il vise soit la

⁵² Cass. civ., 24 mai 1933, D. 1933.I.137 (note Louis Josserand).

⁵³ Voir notamment sur ce sujet Geneviève Viney, « La responsabilité contractuelle en question » dans *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, 921 [Viney, « La responsabilité contractuelle en question »]; Patrice Jourdain, « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle » dans *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997, 65; Philippe Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Éditions Litec/Groupe LexisNexis, 2005 au n^o 127, à la p. 73; Muriel Fabre-Magnan, *Les obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 2004 au n^o 224, à la p. 598.

⁵⁴ *Air Canada c. Marier*, [1980] C.A. 40; commentaire Jean Pineau, « Chroniques régulières. La fausse veuve », (1980) 40 R. du B. 130; Jean Pineau, « À propos de l'affaire Marier » (1981) 26 R.D. McGill 560.

⁵⁵ Voir par exemple *Véranda Industries Inc. c. Beaver Lumber Co.*, [1992] R.J.Q. 1763 (C.A.), modifié (*sub. nom Horecki c. Beaver Lumber Co.*) [1991] R.R.A. 234 (C.S.) (conjointe de la victime immédiate). Également, dans un autre domaine, *Bourgouin c. Auberge de jeunesse de Tadoussac inc.*, [1999] R.J.Q. 2439, REJB 1999-14126 (C.S.) (sport organisé; parents de la victime immédiate).

⁵⁶ Voir notamment *Hervé Rancourt construction inc. c. Sévigny*, [1989] R.R.A. 751 (C.A.).

⁵⁷ Art. 1468, 1469 et 1473 C.c.Q.

défectuosité dangereuse d'un produit, soit le défaut d'avertir du danger inhérent à ce produit. Il faut se garder de confondre ce régime avec la règle sur la transmission, à tout acquéreur subséquent, des droits accessoires au bien vendu⁵⁸, dont notamment la garantie des vices due par le fabricant⁵⁹. Dans le premier cas, les droits du sous-acquéreur sont extracontractuels, dans le second, contractuels.

Une étrange situation se produit parfois. Lorsque le produit est affecté d'une défectuosité dangereuse causant préjudice au sous-acquéreur, a priori, les deux régimes ont vocation à s'appliquer. Dès lors, s'il peut indiscutablement fonder sa réclamation sur la règle de la transmission des droits accessoires à l'acquéreur subséquent, peut-il plutôt invoquer la responsabilité du fabricant? En d'autres mots, peut-il opter entre les recours contractuel et extracontractuel? Doit-on lui appliquer l'interdiction d'opter? Pour refuser l'option au sous-acquéreur, on pourrait arguer qu'il est essentiellement « une partie » au contrat intervenu entre le fabricant et le premier acheteur et donc un « faux tiers » par rapport à ce contrat; en effet, peut-on dire, ce sous-acquéreur est le dernier élément de la chaîne de distribution car il est relié au fabricant par une série de contrats par lesquels le bien lui est transmis⁶⁰.

Il s'agit là d'un des très rares cas où l'interdiction d'option elle-même soulève une difficulté en jurisprudence et en doctrine. Le droit d'option du sous-acquéreur fait l'objet d'opinions nombreuses et divergentes en doctrine. Selon certains auteurs, qui suivent l'opinion émise dans les *Commentaires du ministre*⁶¹, le sous-acquéreur doit s'en tenir à la responsabilité contractuelle, à cause précisément de l'existence du lien contractuel créé par l'article 1442 C.c.Q. et de l'interdiction d'opter⁶². D'après un second groupe, dont je fais partie, le sous-acquéreur jouit ici de

⁵⁸ Art. 1442 C.c.Q.

⁵⁹ Art. 1726 et s. C.c.Q.

⁶⁰ C'est la célèbre question des « vrais tiers » et des « faux tiers », qui a agité la doctrine française. Voir par exemple sur ce sujet Georges Durry, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Montréal, Université McGill, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1986 aux n^{os} 206 et s.

⁶¹ Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Publications du Québec, 1993 à l'art. 1442 [*Commentaires du ministre*].

⁶² Masse, « Responsabilité civile », *supra* note 1 au n^o 75, aux pp. 299-300; Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, Montréal, Thémis, 2006 au n^o 2958, aux pp. 1778-79 [Lluellas et Moore, *Obligations*]; Jeffrey Edwards, *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2008 au n^o 146, à la p. 63. Voir aussi dans ce sens Jacques Deslauriers, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 à la p. 199; Viney, « Pour une interprétation modérée », *supra* note 10 à la p. 825.

l'option, parce qu'il n'existe pas de véritable accord de volonté entre le fabricant et le sous-acquéreur; le recours contractuel direct n'est qu'une fiction légale créée par le législateur⁶³.

La jurisprudence semble s'orienter vers une interprétation souple du respect du régime contractuel et, dans ce cas particulier, vers l'octroi de l'option entre le contractuel et l'extracontractuel⁶⁴. À ma connaissance, la question n'est pas encore décidée.

5. La responsabilité vis-à-vis un invité ou un proche du contractant

Un dernier cas de figure doit être signalé. Quel est le fondement de la responsabilité du contractant fautif à l'égard de l'enfant ou de l'invité du cocontractant? C'est une victime *directe* de la faute qui est envisagée ici, car l'enfant ou l'invité est bien la personne qui souffre directement du préjudice causé par la faute contractuelle ou qui est privée de l'exécution du contrat dont elle devait bénéficier⁶⁵. Cette victime n'est pas partie au contrat. Qu'on songe par exemple à l'enfant inscrit par son parent dans une école privée et à la personne invitée à partager un repas par le client d'un restaurant.

On trouve certaines décisions où la responsabilité est contractuelle, par exemple l'enfant d'un parent qui contracte avec la commission scolaire pour des services d'éducation ou de sport⁶⁶ ainsi que l'invité d'un match de hockey⁶⁷. Pourtant, vis-à-vis ces enfants et invités qui devaient recevoir

⁶³ Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 2, *supra* note 36 au n° 2-397, à la p. 359; Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel », *supra* note 30 à la p. 127; Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*, *supra* note 8 au n° 796, aux pp. 778-80; Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Michelle Cumyn, *La vente*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007 au n° 226, aux pp. 312-15 [Jobin et Cumyn, *Vente*].

⁶⁴ Voir dans ce sens *Anctil c. Constant*, [1995] R.R.A. 580 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)); *Ladouceur c. Brasserie Labatt ltée*, B.E. 99BE-779 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)); *Bérubé c. Moto des Ruisseaux inc.*, J.E. 2003-815, REJB 2003-39887 (C.A.), infirmant [2001] R.R.A. 208, REJB 2001-22304 (C.S.). Voir aussi *contra Axa Assurances inc. c. Jean-Guy Bigras & Fils ltée*, J.E. 2005-1433, EYB 2005-92389 (C.Q.).

⁶⁵ Il pourrait arriver par un concours de circonstances que le tiers, victime directe, soit en même temps une victime par ricochet (ainsi en serait-il de la mère, contractante, et de son fils, tiers, blessés tous deux dans un accident de transport alors qu'ils voyagent ensemble).

⁶⁶ Voir par exemple *Roy c. Commission scolaire de Jaques-Cartier*, [1987] R.R.A. 621 (C.S.); *Poulin c. Commission scolaire des Premières Seigneuries*, [2000] R.R.A. 839 (C.Q.). Bien que l'action soit parfois intentée par le parent en qualité de tuteur à son enfant, victime immédiate, et en qualité personnelle, comme victime par ricochet, il y a confusion entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle.

⁶⁷ *Gervais c. Canadian Arena Co.*, (1936) 74 C.S. 389.

le bénéfice du contrat bien qu'ils n'y soient pas parties, la responsabilité devrait être, en principe, extracontractuelle⁶⁸. Ce sont en effet des tiers, selon la règle générale énoncée plus haut. Cette jurisprudence montre comment est très délicate la qualification dans ces circonstances.

Les tribunaux du Québec sont généralement réfractaires aux obligations implicites en faveur de tierces personnes devant bénéficier du contrat, à moins de s'appuyer sur une stipulation pour autrui dans le texte même de la convention, comme on l'a vu⁶⁹. Toutefois, on pourrait envisager les choses différemment dans le cas de l'invité et d'un proche du contractant : de façon tout à fait exceptionnelle, parfois la responsabilité pourrait plutôt être contractuelle, sur la base d'une stipulation pour autrui implicite qui ne s'appuierait sur aucune clause de la convention. Les juges français sont allés trop loin dans leurs initiatives, mais leur intuition n'était pas toujours irréaliste au départ.

En effet, il y a sans doute lieu de faire une première exception pour le contrat intervenu entre un parent et une institution *privée* d'enseignement (une convention écrite, prévoyant le paiement de frais de scolarité et divers services au bénéfice de l'enfant)⁷⁰. L'économie d'une telle convention conduit à une stipulation pour autrui, même implicite, au profit de l'enfant; car qui d'autre que lui peut recevoir le bénéfice du contrat? Cette exception ne saurait cependant être étendue à l'inscription d'un enfant à une commission scolaire.

Une deuxième stipulation implicite pour autrui serait parfois concevable, si elle était employée avec circonspection, dans les situations où le tiers bénéficiaire profite *directement* du service convenu, *en compagnie du contractant*⁷¹. Ce serait le cas du client d'un restaurant et de son invité, du locataire qui loue un logement pour lui-même et les membres de sa famille, et encore du passager qui achète deux billets, l'un pour lui-même et un autre pour son conjoint ou son enfant voyageant avec

⁶⁸ Voir sur cette question Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel », *supra* note 30, aux pp. 128-29; l'auteure soulève aussi la question du fondement d'un droit contractuel d'un enfant ou autre personne protégée (l'enfant a-t-il la capacité de passer ce contrat? est-il représenté par son parent?), une question totalement ignorée dans la jurisprudence.

⁶⁹ Notamment *Boucher c. Drouin*, *supra* note 51; *Air Canada c. Marier*, *supra* note 54. Voir aussi dans ce sens *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, *supra* note 50.

⁷⁰ Cette exception ne saurait cependant être étendue à l'inscription d'un enfant à une commission scolaire : une analogie peut être faite ici avec le raisonnement suivi dans l'arrêt *Camden-Bourgault*, *supra* note 37.

⁷¹ Voir sur cette question Vézina, *Obligation de sécurité*, *supra* note 2 au n^o 201; Vézina, « Le trajet convergent », *supra* note 14 à la p. 590.

lui⁷². Même en l'absence d'une clause au contrat, on pourrait voir dans ces circonstances très précises l'intention claire des parties de conférer à l'invité ou au proche les mêmes droits qu'à la partie elle-même. De plus, en cas d'inexécution du contrat, cette analyse favoriserait le traitement uniforme (ici contractuel) des personnes se trouvant dans une même situation de fait⁷³.

Pour savoir si l'interdiction d'opter s'applique, il faut donc définir le cercle contractuel. Ce n'est pas une mince affaire. Plaideurs, juges et auteurs y font face à des inconnues et des zones d'ombre. Là réside la véritable difficulté. L'interdiction d'opter ne s'applique que dans les situations, relativement peu nombreuses, où la détermination du contenu du contrat conduit à une obligation contractuelle.

C) L'existence d'une obligation implicite

Quand une obligation peut, soit relever du devoir général de prudence de l'article 1457 C.c.Q., soit constituer une obligation contractuelle implicite selon l'article 1434 C.c.Q., l'interdiction d'opter soulève indirectement une certaine difficulté. La manifestation éclatante en est l'obligation de sécurité. Dans toute affaire qui implique une telle obligation, en effet, le tribunal doit décider si en l'espèce la victime doit fonder son recours sur le régime extracontractuel ou s'il s'agit plutôt d'une obligation contractuelle implicite, donnant ouverture exclusivement à la responsabilité contractuelle en raison de l'interdiction d'opter.

En somme, le juge détermine si le devoir qui a été violé fait partie du contrat. Existe-t-il vraiment un lien raisonnable et logique entre le devoir et l'objet du contrat? Dans la négative, il ne saurait y avoir d'obligation implicite et la responsabilité doit être extracontractuelle. Une question délicate, qui est source de controverses.

Les recueils de jurisprudence font état d'un grand nombre et d'une grande variété d'obligations implicites développées par les tribunaux⁷⁴.

⁷² Pour le transport, voir sur cette question le passage suivant des *Commentaires du ministre*, *supra* note 61 à l'art. 2032 C.c.Q. : « L'article précise cependant qu'il existe des circonstances où un transport, bien qu'il soit effectué à titre gratuit, demeure régi par les différentes règles énoncées dans le chapitre sixième [sur le contrat de transport]. Il en est ainsi, notamment, des jeunes enfants qui voyagent gratuitement dans les trains, les avions et les autobus exploités dans le cadre d'une entreprise de transport. Il n'y a certes pas lieu d'appliquer à leur endroit un régime différent de celui des autres voyageurs ».

⁷³ Vézina, *Obligation de sécurité*, *supra* note 2 au n° 201.

⁷⁴ Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, *supra* note 1 au n° 1-56, à la p. 40.

L'un des exemples les plus connus est l'obligation du vendeur d'avertir l'acheteur, lors de la délivrance, de l'existence d'un danger inhérent au bien vendu, tel le risque de prendre un choc électrique lors de son installation⁷⁵. Cette obligation implicite est d'application fréquente, sur la base de l'article 1434 C.c.Q., et, en raison de l'interdiction d'opter, elle donne ouverture uniquement à la responsabilité contractuelle.

On peut aussi citer l'obligation implicite du locateur de fournir au locataire un local en bon état de sécurité, au-delà des obligations explicites du Code au chapitre du louage⁷⁶. Dans la même veine, la jurisprudence impose à l'entrepreneur, à l'égard du client dont les biens sont endommagés lors des travaux, une obligation contractuelle implicite de sécurité pour la manière dont ils sont effectués sur le chantier de construction⁷⁷.

De temps à autre, on relève des hésitations des tribunaux de première instance sur la qualification d'un devoir de sécurité. Dans certaines décisions, le juge fait appel à la responsabilité *extracontractuelle* pour juger d'une affaire qui, selon la jurisprudence majoritaire, devrait relever d'une obligation *contractuelle* implicite de sécurité : les domaines du ski alpin, du louage et d'une activité sportive parascolaire en offrent des exemples⁷⁸.

Il n'y a pas de quoi s'émuouvoir de ce phénomène. Voit-on souvent une jurisprudence absolument constante? Quand une question nouvelle apparaît, il se produit toujours des flottements avant que la jurisprudence se fixe. Le vieux réflexe culturel de faire appel à la responsabilité extracontractuelle en présence d'un accident joue encore; cette force d'attraction de la responsabilité aquilienne, qui a prévalu depuis les premiers jours du *Code civil du Bas-Canada*, continue aujourd'hui de se manifester parfois. La Cour d'appel, dans sa mission d'orienter l'évolution du droit, a un rôle important à jouer ici.

⁷⁵ Voir par exemple *Baron c. Super-marché Lavatrie*, [2004] R.J.Q. 3147, J.E. 2004-2241, REJB 2004-54400 (C.Q.); *9096-6672 Québec Inc. c. 9057-4989 Québec Inc.*, EYP 2005-97521 (C.Q.); voir sur ce sujet Jobin et Cumyn, *Vente*, *supra* note 63 au n°113, aux pp. 143-44.

⁷⁶ Voir par exemple *Lafleur c. Issa*, [2000] R.J.Q. 87, REJB 1999-16085 (C.S.); *Monin-Spenard c. Maison Carpediem Inc.*, [1987] R.R.A. 663 (C.S.).

⁷⁷ Voir par exemple *Construction Laramée Ltée c. Domaine Montebello Inc.*, J.E. 86-767, [1986] R.R.A. 434 (rés) (C.S.), modifié sur un autre point par [1989] R.R.A. 788 (C.A.) (propriétaire agissant comme un véritable entrepreneur).

⁷⁸ Voir par exemple *Dubé c. Domaine de ski Mont-Bruno inc.*, *supra* note 32; *Brasseur c. Desrosiers*, [2001] R.R.A. 250 (C.S.); *Gingras c. Commission scolaire des Chutes de la Chaudière*, [1998] R.R.A. 625 (C.Q.). Voir aussi sur ce sujet Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel », *supra* note 30 à la p. 123.

En France, la question des obligations implicites de sécurité a provoqué une fort importante controverse sur la décontractualisation de la réparation du dommage corporel. Effectivement, il existe un indéniable problème dans la qualification de situations à la marge du contrat. La jurisprudence française avait établi de nombreuses obligations implicites très discutables; ainsi, comme on l'a vu, dans le contrat de transport de personne, elle avait trouvé une stipulation implicite pour autrui en faveur des proches de la victime blessée ou décédée des suites d'une faute du transporteur, remplaçant la traditionnelle responsabilité délictuelle par la responsabilité contractuelle.

De plus, cette jurisprudence avait manqué de constance, tantôt faisant appel aux obligations contractuelles implicites et tantôt appliquant les règles de la responsabilité délictuelle. Ces dérapages, et plusieurs autres, ont conduit certains auteurs à préconiser l'élimination de toute obligation contractuelle implicite de sécurité et même l'élimination de la responsabilité contractuelle pour tous les cas d'accidents survenus lors d'un contrat⁷⁹. Toutefois, si les exagérations de cette jurisprudence ont été condamnées, l'idée de saborder les obligations implicites et tout le régime de la responsabilité contractuelle n'a certainement pas été retenue par la doctrine française majoritaire⁸⁰.

Cette controverse s'est récemment déplacée dans la doctrine québécoise⁸¹. L'avenir dira si la thèse radicale de la décontractualisation, infructueuse en France, trouvera preneur en terre québécoise.

⁷⁹ Rémy, « Faux concept », *supra* note 25; Laurence Leturmy, « La responsabilité délictuelle du contractant » (1998) 97 R.T.D. civ. 839; Denis Tallon, « L'inexécution du contrat: pour une autre présentation » (1994) 93 R.T.D. civ. 223; Philippe Le Tourneau et Loïc Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2002-03 aux n^{os} 802 et s., aux pp. 238 et s., et éditions antérieures dans lesquelles les mêmes idées avaient été exposées. Ces auteurs avaient aussi d'autres arguments que les dérapages évoqués ici.

⁸⁰ Viney, « La responsabilité contractuelle en question », *supra* note 53.

⁸¹ Daniel Gardner et Benoît Moore, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente » (2007) 48 C. de D. 543. Voir aussi dans ce sens Adrian Popovici, « Tendances récentes du droit de la responsabilité civile au Québec » dans *Les métamorphoses de la responsabilité : Sixièmes Journées René Savatier, Poitiers, 15 et 16 mai 1997*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, 129 [Popovici, « Tendances récentes de la responsabilité civile »]. *Contra* Pierre-Gabriel Jobin, « Amputer la responsabilité contractuelle? Une tourmente inutile et néfaste » (2009) 50 C. de D. 3 [Jobin, « Amputer la responsabilité contractuelle »]; Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, *supra* note 1 aux n^{os} 1-4 et s., aux pp. 2 et s.; Lluellas et Moore, *Obligations*, *supra* note 62 au n^o 2949, à la p. 1774, et les notes; Jean Pineau, « Brefs propos en l'air sur les avatars de la responsabilité contractuelle » dans Brigitte Lefebvre, dir., avec la collaboration de Sylvie Berthold, *Mélanges Roger Comtois*, Montréal, Thémis, 2007, 469; Vézina, *Obligation de sécurité*, *supra* note 2 au n^o 193.

Comme l'écrivent le juge Baudouin et le professeur Deslauriers, reprenant les propos de la professeure Viney⁸², il faut faire preuve de modération dans l'établissement d'obligations implicites et dans l'application de l'interdiction d'opter⁸³. Les obligations implicites doivent se limiter à celles qui sont dictées par l'esprit de la loi dans le domaine du contrat concerné, ou par l'économie de la convention, ainsi que par le sens commun de la justice. Autrement, c'est la responsabilité extracontractuelle seule qui régira l'accident; la question de l'interdiction d'opter ne se souleva même pas.

Contrairement aux tribunaux français, les tribunaux du Québec font preuve de prudence dans l'établissement d'obligations implicites. De nombreux plaidoyers pour la reconnaissance d'une telle obligation sont refusés par les tribunaux d'ici. Un seul exemple suffira : dans un contrat d'entreprise, où le client s'engage à ne payer l'entrepreneur général que si ce dernier lui apporte la preuve que tous les sous-entrepreneurs ont été payés, le droit québécois n'admet pas la stipulation pour autrui implicite, selon laquelle le client se rendrait personnellement et directement responsable à l'égard des sous-entrepreneurs⁸⁴. Il n'existe aucune raison de douter que se produisent au Québec les dérapages de la jurisprudence française.

De plus, lors de la réforme du Code civil, le législateur québécois a clairement manifesté son intention de contractualiser la réparation du dommage corporel dans certains cas. D'abord, cela ressort des versions successives de la disposition qui deviendra l'article 1458 C.c.Q.⁸⁵. Cela ressort aussi de la codification des obligations prétorienne de sécurité

Voir également Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*, *supra* note 8 au n^o 896, aux pp. 871 et s.

⁸² Viney, « Pour une interprétation modérée », *supra* note 10 aux pp. 825-26.

⁸³ « [L]a jurisprudence devrait logiquement interpréter le texte [de l'article 1458 C.c.Q.] d'une façon 'modérée' et limiter sa portée aux obligations implicites importantes, de façon à mieux respecter l'esprit de la loi qui est d'honorer la réalité contractuelle et d'éviter que, comme par le passé, la responsabilité qui y est attachée ne soit oubliée au profit des règles de la responsabilité extracontractuelle. » Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, *supra* note 1 au n^o 1-55, aux pp. 37-38.

⁸⁴ Voir par exemple *Distributeur Tapico ltée c. Commission scolaire des Patriotes*, REJB 2001-24422 (C.S.), inf. pour d'autres motifs par REJB 2003-43526 (C.A.). Pour d'autres exemples, voir Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*, *supra* note 8 au n^o 467, à la p. 480 et jurisprudence citée.

⁸⁵ Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, *supra* note 1 au n^o 1-56, aux pp. 38-40; Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel », *supra* note 30 aux pp. 120-22. Également Jobin, « Amputer la responsabilité contractuelle », *supra* note 81. Dans le processus de réforme du Code Civil du Québec, voir la tentative de soumettre à la responsabilité extracontractuelle la réparation de *tout préjudice corporel* survenant en cours

dans le louage d'habitation⁸⁶, le contrat de transport de passager⁸⁷ et le contrat de travail⁸⁸; en effet, si le législateur avait été insatisfait de l'œuvre des tribunaux dans l'établissement de ces obligations implicites, il n'aurait certainement pas agi ainsi. Il a légitimé le pouvoir judiciaire d'établir des obligations implicites de sécurité dans les cas appropriés⁸⁹.

Ceci dit, à mon avis, les obligations implicites doivent se limiter à celles qu'une personne raisonnable, placée dans le même contexte, jugerait objectivement comme ayant un lien intrinsèque ou important avec l'opération ou la situation faisant l'objet du contrat. Tous les autres devoirs doivent relever de la responsabilité extracontractuelle. Le domaine de l'interdiction d'opter est ainsi moins vaste qu'il apparaît à première vue.

D) L'intensité d'une obligation implicite

Une fois admise l'existence d'une obligation contractuelle implicite, il faut parfois en déterminer l'intensité : est-elle de moyens ou de résultat? Le fardeau de la preuve est très différent de l'une à l'autre⁹⁰ : la qualification a donc des répercussions directes et très importantes sur la possibilité pour la victime d'obtenir indemnisation. Le recours à la présomption de fait et au renversement du fardeau de la preuve constitue aussi un outil important pour assurer l'indemnisation.

de contrat, i.e. la *décontractualisation totale* de la réparation d'un tel préjudice : P.L. 125, *Code civil du Québec*, 1^{re} sess., 34^e lég., Québec, 1990 (présentation), art. 1454 :

« Toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés. Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice; ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables, *mais si le préjudice est corporel, seules les règles du régime extracontractuel de responsabilité s'appliquent.* » [nos italiques].

⁸⁶ Art. 1652.8 et s. C.c.B.-C.; art. 1912 et s., 1972 C.c.Q. Voir par exemple, dans ce sens, *Compagnie 99885 Canada inc c. Monast*, [1994] R.R.A. 217 (C.A.). Voir aussi sur ce sujet Pierre Legrand, « L'obligation de sécurité dans les contrats ou la normativité du non-dit » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1991)*, Montréal, Barreau du Québec, 1991, 729; Pierre-Gabriel Jobin, *Le louage*, 2^e ed., Cowansville (Qc) / Montréal, Yvon Blais / Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1996 aux n^{os} 163-64, aux pp. 407-12, et jurisprudence citée [Jobin, *Louage*].

⁸⁷ Art. 2037 CcQ.; *Surprenant c. Air Canada*, *supra* note 13.

⁸⁸ Art. 2087 CcQ.; *Québec Asbestos Corp. c. Couture*, [1929] R.C.S. 166.

⁸⁹ Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, *supra* note 1 au n^o 1-57, aux pp. 41-42; Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel, *supra* note 30 aux pp. 120-22.

⁹⁰ Voir sur ce sujet Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*, *supra* note 8 au n^o 466, aux pp. 477-78.

Parfois, les juges décident que l'obligation implicite en est une de résultat; tel est le cas de l'obligation de sécurité de l'hôpital envers le patient, quant au choix et la conception de son équipement et son mobilier⁹¹. Le plus souvent, ils optent cependant pour une obligation de moyens, par exemple pour la sécurité du client dans une randonnée à cheval quand celui-ci prend peur⁹².

Une question se pose ici : l'intensité des obligations implicites de même que la présomption de fait sont-elles appliquées correctement par les juges, de manière à assurer l'indemnisation des victimes de façon adéquate? Par une sorte d'automatisme, les tribunaux, à mon avis, ne se posent pas assez souvent la question de savoir s'ils sont en présence d'une d'obligation de moyens ou de résultat et, dans le premier cas, si une présomption de fait ne pourrait pas se combiner avec l'obligation de moyens⁹³. En maniant ces instruments de preuve avec plus de sensibilité, ils pourraient mieux favoriser l'indemnisation des victimes dans certaines situations⁹⁴.

Il faut regretter que les juges, souvent, soient trop timides dans la mise en oeuvre de la politique de justice contractuelle et en particulier celle de l'indemnisation des victimes. Le contrat peut et doit être un meilleur instrument de justice contractuelle : jusqu'ici, l'accent a été mis en particulier sur la lutte contre les pratiques abusives, mais la juste indemnisation de la victime d'un accident survenu dans l'exécution du contrat relève, elle aussi, de la justice contractuelle. On a tendance à l'oublier.

L'aléa et la participation de la victime à assurer sa sécurité⁹⁵ ne doivent plus être les seuls facteurs à considérer quand il s'agit de déterminer l'intensité d'une obligation, qu'elle soit implicite ou explicite⁹⁶. Dans les cas appropriés, ils doivent être conjugués avec une politique

⁹¹ Voir par exemple *Rizk c. Hôpital du Sacré-Cœur de Montréal*, [1999] R.R.A. 197, REJB 1998-09902 (C.S.).

⁹² Voir par exemple *Morin c. Leblanc*, *supra* note 29. Voir sur ce sujet Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, *supra* note 1 au n^o 1-57, à la p. 41.

⁹³ Comparer de telles obligations de moyens renforcées par une présomption simple, édictée par le législateur lui-même : art. 1465, 1861 et 1862 C.c.Q.

⁹⁴ Voir dans ce sens Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, *supra* note 1 au n^o 1-57, aux pp. 41-42; Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel », *supra* note 30 à la p. 137.

⁹⁵ Voir sur ce sujet Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*, *supra* note 8 au n^o 38, aux pp. 43-44.

⁹⁶ Sous réserve, évidemment, que le législateur ou les parties aient clairement prévu l'intensité.

d'indemnisation de la victime⁹⁷. En effet, la protection de l'intégrité corporelle constitue une des « nouvelles » politiques de la réforme du Code civil⁹⁸.

On se rappellera le seul reproche sérieux adressé à l'interdiction d'option, soit de diminuer les chances d'indemnisation des victimes. Ce reproche est en partie fondé sur un préjugé, comme on le verra dans un instant. Mais il contient une part de vérité à l'heure actuelle, dans la mesure où les tribunaux ne tirent pas de la responsabilité contractuelle tout le potentiel qui permettrait une juste indemnisation. Si la responsabilité contractuelle ne parvient pas à assurer une indemnisation comparable à celle de la responsabilité extracontractuelle, c'est le principe même de l'interdiction d'opter qui risque d'être encore une fois remis en question dans un avenir plus ou moins rapproché⁹⁹.

Il faut revaloriser un certain nombre de règles propres aux contrats. On pense ici, d'abord, à la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, dont les conditions sont moins exigeantes que celles de la responsabilité extracontractuelle du fait d'autrui¹⁰⁰. Également, comme on l'a vu l'intensité de l'obligation et la présence d'une présomption favorisent souvent la responsabilité contractuelle plutôt que la responsabilité extracontractuelle.

Dans les critiques de l'interdiction d'option, la croyance s'est répandue que la responsabilité extracontractuelle assurait l'indemnisation des victimes mieux que la responsabilité contractuelle¹⁰¹. Or, c'est un

⁹⁷ Paul-André Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique, ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Cowansville (Qc) / Montréal, Yvon Blais / Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989 spécialement au n° 86, aux pp. 47-48. Le statut professionnel du débiteur, l'infériorité économique du créancier (notamment le consommateur) sont aussi des facteurs qui ont parfois une incidence : Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel », *supra* note 30 à la p. 137.

⁹⁸ Une de ses manifestations, parmi d'autres, est l'interdiction de toute clause exonératoire en matière de préjudice corporel ou moral (art. 1474 C.c.Q.). Voir entre autres sur ce sujet Jean Pineau, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec » (1992) R. du B. can. 423; Masse, « Responsabilité civile », *supra* note 1 au n° 13, aux pp. 248-49.

⁹⁹ Voir sur cette question Vézina, « Le trajet convergent », *supra* note 14 à la p. 594. Voir aussi sur ce sujet Jobin, « Amputer la responsabilité », *supra* note 81.

¹⁰⁰ Art. 1463 C.c.Q. pour la responsabilité extracontractuelle et, pour la responsabilité contractuelle, notamment *Hervé Rancourt construction inc. c. Sévigny*, *supra* note 56. Voir sur cette question Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*, *supra* note 8 au n° 73, à la p. 765.

¹⁰¹ De façon parallèle, il a été mis de l'avant que les présomptions de faute ou de responsabilité, spécialement celles des art. 1463 et s. C.c.Q. concernant les biens, devraient

véritable mythe, qu'a dénoncé la professeure Vézina¹⁰². En réalité, tout dépend du régime applicable aux circonstances. Dans le louage par exemple, l'obligation du locateur de garantir l'aptitude du bien à son usage et de l'entretenir à cette fin constitue une obligation de résultat¹⁰³; s'il y a défaut d'aptitude et qu'un dommage est causé au locataire par le fait autonome d'un bien, il est nettement plus avantageux pour lui d'invoquer cette garantie contractuelle plutôt que la simple présomption de faute de la responsabilité extracontractuelle du gardien d'un bien¹⁰⁴.

Conclusion

Une grande partie de ce qui a été discuté dans ces pages représente la pathologie des rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Dans l'ensemble de la jurisprudence toutefois, les affaires tombent carrément dans le cadre de l'une ou l'autre responsabilité; le tableau ne présente aucun problème majeur digne de ce nom!

Malgré l'interdiction d'opter et la règle des obligations implicites, la responsabilité extracontractuelle conservera toujours un immense champ d'application; beaucoup d'accidents, en effet, surviennent seulement à l'occasion d'un contrat et ne doivent pas faire partie du cercle contractuel. Doivent ainsi rester dans le champ extracontractuel, dans le contexte du louage d'habitation, les querelles personnelles entre le

s'appliquer dorénavant autant en responsabilité contractuelle qu'en responsabilité extracontractuelle : Claude Fabien, « Le nouveau cadre contractuel de l'exercice des professions » dans André Poupard, dir., *Le défi du droit nouveau pour les professionnels : le Code civil du Québec et la réforme du Code des professions, les Journées Maximilien-Caron 1994*, Montréal Thémis, 1995, 73; Claude Fabien, « Les présomptions légales de faute et de responsabilité s'appliquent-elles au contrat? » (2006) 85 R. du B. can. 373. Voir aussi dans ce sens Popovici, « Tendances récentes de la responsabilité civile » *supra* note 81. Cette thèse fort discutable ne semble pas devoir prévaloir en jurisprudence : *Morin c. Leblanc*, *supra* note 29; *Leblond c. Dionne*, [2006] R.D.I. 227, EYB 2006-102398 (C.A.); *La Mauricienne, société mutuelle d'assurances générales c. 9020-3886 Québec Inc. (Avanti 2000 Inc. c. Lombard (Canada))*, [2005] R.D.I. 30 (C.A.); *Mirault c. Expocité*, J.E. 2000-2063, REJB 2000-21283 (C.Q.); *Laflleur c. Issa*, [2000] R.J.Q. 87, REJB 1999-16085 (C.S.); Nathalie Vézina, « Les articles 1459 à 1469 C.c.Q. et la responsabilité contractuelle : plaidoyer en faveur d'une thèse dite 'restrictive' » (1996) 75 R. du B. can. 604; Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, *supra* note 1 aux n^{os} 1-59 à 1-61, aux pp. 43-46. Voir également Baudouin, Jobin et Vézina, *obligations*, *supra* note 8 au n^o 794, aux pp. 775-77.

¹⁰² Vézina, *Obligation de sécurité*, *supra* note 2 aux n^{os} 175, 209. Voir également Jobin, « Amputer la responsabilité contractuelle » *supra* note 81.

¹⁰³ Art. 1854 C.c.Q. Voir par exemple *Corporation Quad inc. c. Groupe immobilier Borex*, 2007 QCCA 1868, [2008] R.D.I. 13.

¹⁰⁴ Art. 1465 C.c.Q.

concierge et le locataire, qui dégénèrent en insultes, en vexations et parfois en voies de fait¹⁰⁵.

La problématique des rapports entre contrat et responsabilité extracontractuelle n'est pas le pain et le beurre des tribunaux de première instance. Il peut parfois être tentant pour un juge de se laisser convaincre par un plaidoyer émotif en faveur d'une qualification avantageuse pour une partie mais inappropriée aux circonstances. La vigilance est de mise dans ces situations délicates. Nos tribunaux doivent absolument éviter les dérapages de la jurisprudence française; autrement ils risqueraient d'entraîner ici ce que Philippe Rémy a qualifié de chaos du droit français, avec les réactions excessives qui s'en suivraient.

Comme les sociétés humaines et les espèces animales, les systèmes juridiques peuvent s'adapter à presque n'importe quel changement dans leur environnement. Le droit québécois possède certainement l'aptitude à s'adapter au changement que constitue l'introduction de l'interdiction d'option.

¹⁰⁵ Voir par exemple *Montréal (Office d'habitation de) c. Bédard*, 2008 QCCQ 6888, EYB 2008-143497. Voir sur ce sujet Jobin, *Louage*, *supra* note 86 au n° 174.

ABSTRACT

The rules of the Code dealing with civil liability have been thoroughly reorganized. They are now presented as a unit, made up of two branches: contractual liability and extracontractual liability.

The reform of the Civil Code also brought another fundamental change. Although there are still a few differences between the two liability regimes, the legislator considerably reduced their number (for instance, the extinctive prescription periods and the conditions of reparation for moratory damages). The contrast between the two branches of liability has been lessened considerably. As a result, judges are now faced much less often with the dilemma of choosing between a contractual rule and an extracontractual rule.

The repercussions of the rule against opting are greatly reduced. It is not easy to find concrete situations where the rule should be applied, since they are so rare. Indeed, there are many decisions where the judge no longer bothers to characterize the situation as contractual or extracontractual, for the good reason that it serves no practical purpose in the case he is deciding.

Establishing the boundaries of the contract in time and space and identifying the parties is not always a problem. For instance, the duty to inform, when the contract is being drafted, is not part of the contract and is governed by extracontractual liability; there is no controversy over this. However, in other contexts, admittedly infrequent, the definition of contractual scope has given rise to rather abundant, and sometimes amazing jurisprudence.

When an obligation can either come under the general duty of prudence laid down in Article 1457 C.C.Q., or constitute an implicit contractual obligation under Article 1434 C.C.Q., the rule against opting indirectly creates some difficulty. The critical expression of this is the duty of security. Indeed, in any matter that involves such an obligation, the court must decide if in that case the victim should base his remedy on the extracontractual regime or whether the matter involves an implicit contractual obligation, giving rise exclusively to contractual liability, due to the rule against opting.

In short, the judge determines whether the obligation that was breached is part of the contract. Is there really a reasonable and logical connection between the obligation and the subject of the contract? If not, then there is no implicit obligation, and liability must be extracontractual. This is a delicate question, and a source of controversy.