

L'OBLIGATION IMPLICITE CONTRACTUELLE: ASPECTS DE LA FABRICATION DU CONTRAT PAR LE JUGE

par Pierre LEGRAND jr*

Si le Code Civil du Bas Canada sanctionne la présence d'obligations implicites au contrat, les limites de l'interventionnisme judiciaire qu'il autorise restent imprécises. Il y a lieu, dès lors, d'examiner ce que permet le législateur et de s'attarder à l'usage qu'ont fait les juges de ce pouvoir qui leur est conféré. Une telle étude amène à constater que le judiciaire s'est légitimement consacré à un remaniement du contrat qui va au-delà de la simple interprétation et qui rejoint la révision de l'accord des parties.

While the Civil Code of Lower Canada acknowledges the presence of implied terms in contract, the limits of judicial interventionism that it authorizes remain imprecise. It is important, therefore, to determine what the legislator has allowed and to examine the use that judges have made of the powers conferred on them. This study permits one to see how the judiciary has legitimately involved itself in the reshaping of contracts in ways that go beyond simple interpretation and that involve actual revision of the parties' agreement.

*. *Lecturer in Law*, Lancaster University (Royaume-Uni) et membre du Barreau de l'Ontario. Une première version de ce texte a fait l'objet d'une allocution au Congrès annuel du Barreau du Québec à Montréal, le 7 juin 1991. Nous tenons à remercier M. le professeur John E.C. Brierley, de la Faculté de droit de l'Université McGill, qui a bien voulu lire cette partie de notre recherche consacrée à l'interprétation du Code civil du Bas Canada et nous livrer ses observations. Il demeure que cette étude, à jour au 1er avril 1991, n'engage que notre responsabilité.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	111
I. L'article 1024 du Code civil	111
A. Les sources	112
1. La symbolique de la codification	116
2. La présomption de sauvegarde du droit antérieur à la codification	118
3. La version originale de l'article du Code civil ...	120
B. La lecture jurisprudentielle	123
II. La révision judiciaire du contrat	133
A. Les limites de l'interprétation	133
B. Le rôle du juge	142
CONCLUSION	150

INTRODUCTION

Qu'il s'agisse de l'obligation de renseignement, de l'obligation de sécurité ou de l'obligation de loyauté, la sanction judiciaire de clauses implicites au contrat est un phénomène dont la fréquence et les implications normatives nous empêchent de l'ignorer. Au-delà des lois et règlements qui s'appliquent impérativement au contrat, l'État agit donc sur l'entente des parties par le biais de ses juges. C'est, au Québec, l'article 1024 du Code civil du Bas Canada qui fonde le pouvoir d'intervention du judiciaire dans le contrat. Or, cette disposition est ainsi formulée que le juge n'est pas confiné, dans l'exercice de son *imperium*, à l'interprétation de l'accord des parties. En effet, une lecture de l'article 1024, comme une considération de ses sources historiques, démontre bien que le législateur a conféré au juge un véritable pouvoir de révision du contrat lequel doit cependant s'exercer en-deçà de certaines limites, qui ne sont d'ailleurs pas celles que la doctrine québécoise a traditionnellement retenues. C'est à la présentation de cette thèse, ainsi qu'à l'examen du traitement dont a fait l'objet cet article du Code civil devant les tribunaux, qu'est d'abord consacrée notre étude (I). À la lumière de ces constatations - et après avoir insisté sur la distinction entre «interprétation» et «révision» - il conviendra toutefois de relever certaines des conséquences qu'entraîne, quant à la fonction judiciaire, cette légitime immixtion du juge dans la sphère contractuelle (II).

I. L'article 1024 du Code civil

Le Code civil du Bas Canada comprend, au chapitre premier («Des contrats») du titre troisième («Des obligations»), une section relative à l'interprétation des contrats. L'on y retrouve les articles 1013 à 1021 - le «petit guide-âne» dont parlait Carbonnier¹. L'article 1024, pour sa part, loge à l'enseigne de la section suivante, dévolue aux «effets du contrat», laquelle comprend les articles 1022 à 1027. Ainsi il paraît établi que, dans l'esprit des Commissaires à la codification, cette disposition n'est pas interprétative ou, en tout cas, n'est pas *qu'*interprétative.

A. Les sources

Dans sa version française, l'article 1024 se lit comme suit:

Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi.

1. Jean Carbonnier, *Droit civil*, t. IV: *Les obligations*, 14e éd., Paris, P.U.F., 1990, no 146, p. 273.

Telle formulation démontre que les fondements de l'expansion du contenu obligationnel du contrat à ce qui n'y est pas exprimé sont au nombre de quatre: nature (du contrat), équité, usage et loi. Chacun de ces fondements serait apparemment indépendant des autres. Ainsi un juge pourrait retenir l'existence d'une obligation au contrat en invoquant l'usage ou l'équité et il importerait alors peu que cette obligation découle ou non de la nature du contrat. La nature du contrat pourrait, elle-même, fonder d'autres obligations encore.

La version anglaise de l'article 1024 suggère une conclusion différente:

The obligation [sic] of a contract extends not only to what is expressed in it, but also to all the consequences which, by equity, usage or law, are incident to the contract, according to its nature.

Il ne paraît pas faire de doute, à la lumière de cette version, qu'il n'y a que trois fondements autorisant l'expansion par le juge du contenu obligationnel d'un contrat: «equity», «usage» et «law». Chacun de ces fondements justifie l'adjonction d'obligations au contrat dans la mesure où celles-ci y sont accessoires («are incident to the contract») et participent de sa nature («according to its nature»). Guelfes et gibelins, les versions de l'article 1024 le sont ainsi à au moins trois égards.

Face à ce triple conflit, l'interprète du Code civil doit prendre parti. Laquelle des deux versions doit primer l'autre et fonder l'interprétation de l'article 1024 par les tribunaux? Doit-on favoriser la version française, plus généreuse? Doit-on faire prévaloir la version anglaise, plus restrictive à trois égards? La réponse à cette question nous oblige à considérer les règles d'interprétation du Code civil. À cet égard, l'*Acte concernant la Codification des Lois du Bas Canada, qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*² ne paraît pas devoir nous être d'un quelconque secours. L'article 15 de cette loi semble bien laisser croire que les versions française et anglaise auront un même statut, l'une ne l'emportant donc pas systématiquement sur l'autre. Encore cette disposition ne l'affirme-t-elle pas expressément. C'est plutôt vers l'article 2615 du Code civil du Bas Canada, tel qu'il se lisait en 1866³, qu'il faut donc se tourner pour connaître les critères d'interprétation qui devront prévaloir. Dans sa version française, cet article se lit comme suit:

Dans le cas de différence entre les deux textes du présent code sur les lois existantes à l'époque de sa promulgation, le texte le plus compa-

2. S.C. 1857, c. 43 [ci-après l'*Acte*].

3. Voir, pour l'évolution historique de cette disposition, maintenant abrogée, Paul-André Crépeau et John E.C. Brierley, *Code civil 1866-1980 [.] Édition historique et critique*, Montréal, SOQUIJ, 1981 *sub art.* 2615.

tible avec les dispositions des lois existantes doit prévaloir. Si la différence se trouve dans un article indiqué comme modifiant les lois existantes, le texte le plus compatible avec l'intention de l'article d'après les règles ordinaires d'interprétation, doit prévaloir.

C'est l'ironie de cette disposition qu'elle recèle elle-même des variations entre les textes français et anglais. Le texte anglais apparaît d'ailleurs plus limpide:

If in any article of this code founded on the laws existing at the time of its promulgation, there be a difference between the English and French texts, that version shall prevail which is most consistent with the provisions of the existing laws on which the article is founded; and if there be any such difference in an article changing the existing laws, that version shall prevail which is most consistent with the intention of the article, and the ordinary rules of legal interpretation shall apply in determining such intention.

Au-delà des dissonances, il reste que l'article 2615 du Code civil envisage deux conjonctures, chacune commandant sa propre règle d'interprétation. Une première situation vise les cas où *l'article* du Code reproduit le droit alors en vigueur. Une deuxième situation a trait aux cas où *l'article* du Code modifie le droit en vigueur. Il s'agit donc de déterminer dans laquelle des deux catégories doit s'inscrire l'article 1024. Pour ce faire, il importe d'abord de circonscrire l'état du droit en vigueur à l'époque précédant immédiatement la codification de 1866. Ainsi seulement l'on saura si l'article 1024 le confirme ou le modifie.

Ce droit «pré-codification», ce n'est pas - comme on le croit trop souvent - dans le Code civil français de 1804 qu'il le faut chercher. Dans la mesure où le droit français s'applique alors au Québec, c'est, en effet, le droit français de l'époque antérieure à la codification française - ce qu'on appelle *l'Ancien droit* - qui a cours⁴. La synthèse magistrale que Domat publiait en 1689, sous le titre *Les lois civiles dans leur ordre naturel*⁵, figure en bonne place dans ce corps de droit coutumier⁶. Crépeau, dans une étude qu'il consacre à la question qui retient notre attention, indique qu'on ne peut douter que ce soit là le *fons et origo*, la source première de l'article 1024 du Code civil du Bas Canada⁷. La formulation de Domat procède ainsi:

-
4. Voir John E.C. Brierley, «Quebec's Civil Law Codification Viewed and Reviewed», (1968) 14 McGill L.J. 521 à la p. 566.
 5. Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, éd. par de Héricourt, Paris, Nyon, 1777 [d'abord paru en 1689].
 6. Voir Brierley, *supra*, note 4 à la p. 550.
 7. Voir Paul-André Crépeau, «Le contenu obligationnel d'un contrat», (1965) 43 R. du B. can. 1 à la p. 4.

Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que demande la nature de la convention, et à toutes les suites que l'équité, les lois et l'usage donnent à l'obligation où l'on est entré [...]⁸.

Crépeau en conclut que «l'article 1024 du Code civil n'est pas de droit nouveau: il reproduit l'ancien droit»⁹.

Cette affirmation est par trop générale. N'aurait-il pas été plus exact de dire que la *version française* de l'article 1024 du Code civil reproduit l'*Ancien droit*? Car la version anglaise, elle, se démarque du texte de Domat à trois égards. Il s'agit, du reste, de distinctions des plus significatives. Ainsi:

- i. La version anglaise ne retient que trois sources d'expansion du contrat, soit l'équité, l'usage et la loi.
- ii. Elle indique de plus que les obligations qui seraient autorisées en vertu de l'un ou de l'autre de ces fondements doivent se révéler conformes à la nature du contrat («according to its [the contract's] nature»).
- iii. La version anglaise retient en outre que les obligations qui seraient fondées sur l'équité, l'usage ou la loi doivent être des obligations accessoires du contrat («incident to the contract»).

Il faut en conclure que la version anglaise, pour sa part, ne reproduit pas l'*Ancien droit*.

Aussi faut-il compter avec une version française qui reflète fidèlement l'*Ancien droit* et une version anglaise qui s'en écarte de manière éloquente. Comment, dès lors, appliquer la règle d'interprétation mise de l'avant à l'article 2615 du Code civil du Bas Canada laquelle est tributaire d'une détermination préalable relative au statut - consolidateur ou novateur - de l'*article* du Code civil dont il est question? Peut-on, au vu des versions contradictoires que l'on sait, en arriver à déterminer si l'*article* 1024 reproduit ou ne reproduit pas l'*Ancien droit*? Une réponse négative s'impose: cette détermination ne saurait être possible. Dans son ouvrage fondamental consacré aux règles d'interprétation du Code civil, Walton indique d'ailleurs que l'article 2615 ne nous est d'aucun secours dans la situation qui nous occupe: «C.C. 2615 gives no special rule of interpretation where the two texts do not agree»¹⁰. Plutôt, l'article 2615 paraît

8. Domat, *supra*, note 5, Sect. III, I.

9. Crépeau, *supra*, note 7 à la p. 4.

10. Frederick P. Walton, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*, éd. par Maurice Tancelin, Toronto, Butterworths, 1980 à la p. 97 [d'abord paru en 1907].

envisager des cas où, par exemple, un article donné étant clairement de droit nouveau, tant dans ses versions française qu'anglaise, une inconséquence subsiste néanmoins entre les textes. Telle n'étant pas la situation qui nous occupe, il y a donc lieu d'écarter l'application de l'article 2615 en l'espèce¹¹. Le problème de l'interprétation de l'article 1024 demeurant entier, il convient dès lors de s'interroger quant à l'existence d'autres critères permettant de le résoudre.

1. La symbolique de la codification

Un premier critère vers lequel on pourrait vouloir se tourner relève du symbole utilisé par les Commissaires à la codification pour indiquer l'introduction de droit nouveau. Crépeau estime ainsi que, s'agissant de l'article 1024, l'absence du symbole en question - les crochets ([]) - doit nous permettre de déterminer que cette disposition ne mérite pas d'être considérée comme étant de droit nouveau¹². Cette conclusion apparaît par trop technique. En effet, l'on voit mal que, eu égard au conflit qui nous retient, la seule omission (ou la seule présence) de crochets autorise le juriste à conclure derechef que l'article du Code est, ou n'est pas, de droit nouveau. Ne peut-on, par exemple, imaginer des situations où les Commissaires, croyant de bonne foi qu'ils ne modifieraient pas l'*Ancien droit*, auraient choisi d'omettre les crochets? Ne peut-on également concevoir que les Commissaires, croyant de bonne foi que telle ou telle autre modification n'était pas substantielle, aient pensé ne pas devoir insérer les crochets? Ne peut-on, enfin, envisager la possibilité d'un oubli ou d'une simple erreur d'écriture?

Walton consacre ainsi les règles deuxième et troisième de ses douze règles fondamentales d'interprétation du Code civil aux cas d'articles ayant erronément indiqué leur filiation à l'*Ancien droit*¹³. À titre de deuxième règle d'interprétation, l'auteur souligne que:

Where the Code professes to declare the old law, and the article is *unambiguous* there is a *strong presumption* that it is a correct statement of the old law¹⁴.

Admettons, aux fins de discussion, que nous nous trouvions bien dans une situation «[w]hen the Code professes to declare the old law». Admettons, en effet, avec Crépeau, qu'en l'espèce qui nous intéresse, vu l'absence du symbole indicatif de droit nouveau, le Code ait prétendu déclarer le droit en vigueur - ce qui rencontre la condition que pose Walton d'entrée de jeu pour l'application de

11. *Contra*: Crépeau, *supra*, note 7 à la p. 4.

12. Voir *ibid.* Voir généralement, sur cette procédure, Walton, *supra*, note 10 à la p. 86.

13. Voir *ibid.* aux pp. 88-90.

14. *Id.* à la p. 88 [les italiques sont ajoutés].

cette règle d'interprétation. Mais il n'en reste pas moins que l'article 1024 n'est pas net: il ne s'agit donc pas d'un cas où «the article is unambiguous». Au contraire, cette disposition *est* ambiguë, puisqu'elle comprend une version française fidèle à l'*Ancien droit* et une version anglaise qui y déroge. Dès lors, la «strong presumption» à laquelle renvoie Walton ne saurait trouver application.

Il faut donc envisager la possibilité que, malgré l'absence de crochets, l'article 1024 du Code civil du Bas Canada introduise bel et bien du droit nouveau. C'est ainsi que la troisième règle d'interprétation posée par Walton trouve sa pertinence:

It is permissible to show that the words, although not in brackets are new law, and conversely, that words in brackets are old law¹⁵.

L'on ne saurait, dès lors, conclure à l'exactitude de l'indication portée au Code, selon laquelle l'article 1024 n'implanterait pas de droit nouveau. L'absence (ou la présence) de crochets ne se fait tout simplement pas déterminante. Comme l'écrit encore Walton:

In other words it is not permissible to argue that because certain words are not in brackets they must declare the old law, and that as they declare the old law they cannot be interpreted in their natural sense, because that would give a result inconsistent with the old law¹⁶.

Considérant les règles d'interprétation de Walton qui nous enseignent que l'omission de crochets par les Commissaires ne nous est d'aucun appui, et en l'absence de directives de la part de cet auteur relatives à la situation qui nous intéresse, il est de deux autres critères qu'il paraît légitime de considérer.

2. La présomption de sauvegarde du droit antérieur à la codification

L'on pourrait résoudre le dilemme qui nous occupe en se repliant sur le préambule à l'*Acte* qui donnait précisément mandat aux Commissaires de codifier l'*Ancien droit*¹⁷. Il y aurait, si l'on veut, présomption que c'est bien ce qui a été fait. Il nous serait ainsi loisible de retenir que l'article 1024 du Code civil doit être considéré comme reflétant l'*Ancien droit*. La version anglaise se verrait, dès lors, subordonnée à la version française qui, seule, serait considérée comme représentant fidèlement l'intention du législateur.

15. *Id.* à la p. 89.

16. *Ibid.*

17. Voir généralement, sur le mandat confié aux Commissaires à la codification, Brierley, *supra*, note 4 aux pp. 544-54.

Il est vrai que Walton paraît, *a priori*, pencher en faveur de cette option vu l'insistance qu'il met à renvoyer à la présomption de maintien en vigueur de l'*Ancien droit*, sauf dérogation expresse¹⁸. Mais il nous faut y regarder de plus près. Ainsi Walton écrit:

Where the history of the codification is attested by full reports by the Commissioners, as is the case with our Civil Code, *and where there is no evidence to be found of an intention to alter the old law*, there certainly appears to be a reasonable presumption that the old law is maintained, unless the text of the Code is too clearly contrary¹⁹.

Si l'on a eu raison de souligner que les Commissaires ne font, dans leur exposé des motifs, aucune mention de l'article qui nous intéresse²⁰, l'on ne saurait tout de même conclure à un silence du *Rapport* des Commissaires sur la question. En effet, celui-ci indique, au titre des sources auxquelles les Commissaires ont puisé pour la rédaction de l'article 1024, non seulement l'oeuvre de Domat, mais également l'article 1135 du Code civil français de 1804²¹. Or, l'on n'ignore pas que cet article 1135 se distingue du texte mis de l'avant par Domat lui-même²². Cette disposition se lit en ces termes:

Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

L'on aura tôt fait de reconnaître ici, à peu de chose près, le calque de la version anglaise de l'article 1024 du Code civil du Bas Canada²³. Les Commissaires à la codification, confrontés aux textes de Domat et de l'article 1135 du Code civil français, auraient donc retenu Domat pour la version française et l'article 1135 pour la version anglaise. Or, l'adoption de l'article 1135 - on l'a mentionné²⁴ - constitue l'introduction de droit nouveau. La reproduction de cet article 1135 dans la version anglaise et sa mention expresse à titre de source de l'article 1024 semblent démontrer qu'il y a ici une intention d'introduire du nouveau droit dans le Code civil. Pour reprendre la formule de

18. Voir Walton, *supra*, note 10 aux pp. 93-95, 97 et 102-03.

19. *Id.* à la p. 94 [les italiques sont ajoutés].

20. Voir Crépeau, *supra*, note 7 à la p. 4, note 9.

21. Voir *Code civil du Bas Canada [...] Premier, second et troisième rapports*, Québec, Desbarats, 1865 à la p. 49.

22. Voir Crépeau, *supra*, note 7 à la p. 4. Il n'y a pas lieu de s'étonner que des autorités contradictoires soient ainsi reproduites côte-à-côte: voir Thomas McCord, *The Civil Code of Lower Canada*, 1ère éd., Montréal, Dawson Brothers, 1867 à la p. iv, où l'auteur écrit que «[i]t must not be supposed that all these authorities are in support of the text; some are directly opposed to the articles above them».

23. Voir Crépeau, *supra*, note 7 à la p. 4.

24. *Supra*, au texte accompagnant la note 4.

Walton, «*there is [...] evidence to be found of an intention to alter the old law*»²⁵. Ainsi la présomption de sauvegarde de l'*Ancien droit*, mise en présence de la reproduction, dans la version anglaise de l'article 1024, d'un article du Code civil français et de l'indication expresse de cette source au *Rapport* des Commissaires, ne saurait tenir. Nous ne nous trouvons tout simplement pas dans le cas envisagé par Walton où il n'y aurait, au *Rapport*, aucune preuve d'un désir des Commissaires de modifier le droit en vigueur.

3. La version originale de l'article du Code civil

Que ne pourrait-on, par ailleurs, résoudre le dilemme qui nous retient en insistant sur le fait que l'article 1024 du Code civil du Bas Canada ayant d'abord été rédigé en anglais par Charles Dewey Day²⁶, avant d'être subséquentement traduit en français, c'est donc cette version anglaise qui reflète le plus fidèlement l'intention des Commissaires à la codification? Rappelons-nous, d'entrée de jeu, que l'article 2615 du Code civil, dans la formulation qui était sienne en 1866, ne saurait faire obstacle à cette conclusion dans la mesure où il ne se révèle pas pertinent à la situation qui nous intéresse²⁷. Il y aurait ainsi lieu de conclure que l'article 1024 est de droit nouveau. C'est donc la version anglaise qui refléterait le mieux l'intention des Commissaires et qui, à ce titre, devrait commander l'interprétation de l'article par les juges.

Replaçons-nous quelques instants dans la position du commissaire Charles Dewey Day lequel en est à traduire l'article 1135 du Code Napoléon - entreprise à laquelle ses notes personnelles démontrent bien qu'il s'est adonné²⁸. De deux choses l'une:

ou bien Day ne réalise pas que l'article 1135 se distingue du texte de Domat (outre que cette explication soit peu charitable à son endroit²⁹, elle ne change rien au fait que le texte de Day constitue, quoi qu'il en ait pu penser, du droit nouveau par rapport au droit alors en vigueur au Bas-Canada; ainsi que l'affirme

25. *Supra*, au texte accompagnant la note 18.

26. Voir Walton, *supra*, note 10 à la p. 97; Brierley, *supra*, note 4 à la p. 578.

27. *Supra*, au texte accompagnant les notes 10-11.

28. Voir *Papiers René-Edouard Caron*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université McGill, Cahier S.764, sub art. 42 (sur microfilm). Cette série de documents, en provenance des Archives du Séminaire de Québec, a été déposée en bibliothèque par M. le professeur John E.C. Brierley.

29. Telle lecture trouverait toutefois un certain fondement dans les notes de Day. Traitant de l'art. 1135 du Code civil français, celui-ci écrit: «[it] makes no Law or new rule but simply enunciates the natural civil consequences & civil effect of a contract»: *ibid*. Voir, toutefois, sur la valeur interprétative qu'il convient d'octroyer à ces notes, Brierley, *supra*, note 4 à la p. 525.

Walton, «[t]he Court cannot interpret the words in an unnatural sense, or modify them in order to make them yield a correct exposition of the old law»³⁰);

ou bien Day réalise fort bien que l'article 1135 se distingue du texte de Domat et choisit de l'adopter en omettant malencontreusement d'indiquer qu'il s'agit là de droit nouveau ou en croyant, de bonne foi, qu'il n'a pas à le faire.

Une conclusion reste indéniable: la rédaction de l'article 1024, dans sa version anglaise, est clairement inspirée du texte de l'article 1135 du Code civil français. Qu'on en juge en plaçant en parallèle chacune des formulations telles qu'elles apparaissent dans les notes de Day:

1135
Agreements oblige not only to what is expressed in them but to all the consequences which equity usage or the law gives to the obligation according to its nature.

art: 42 The obligation of contract extends not only to what is expressed in it, but also to all the consequences which by equity usage or the law are incident to the contract according to its nature.

³¹

La corrélation ne souffre pas la controverse: les mots retenus sous la rubrique «art: 42» - destinés à devenir la version anglaise de l'article 1024 du Code civil du Bas Canada - restreignent nettement la portée du texte de Domat. Dire le contraire équivaudrait à dépouiller de leur sens naturel les mots employés par le commissaire Day. Que Day, si son intention était d'introduire du droit nouveau, ne s'en soit pas expliqué au *Rapport* est regrettable. Que la traduction française ne lui ait pas été fidèle l'est davantage encore. Mais il n'en demeure pas moins que la formulation originale anglaise est suffisamment nette pour qu'on ne puisse l'escamoter sous prétexte d'ambiguïté afin de faire prévaloir la rédaction plus généreuse de Domat. Il faut y insister: la version originale anglaise de l'article 1024 n'est pas équivoque.

En l'espèce, il convient donc de retenir que la version anglaise doit primer le texte français de l'article eu égard au fait qu'elle reflète plus fidèlement l'intention originale des Commissaires à la codification. L'article 2615 du Code civil du Bas Canada nous enseignait, dès 1866, que, lorsque les versions française et anglaise d'un article révèlent une commune intention, il y a lieu de placer celles-ci sur un pied d'égalité. On peut le comprendre. On peut également comprendre qu'en l'absence d'une commune intention, il faille nécessairement

30. Walton, *supra*, note 10 à la p. 89.

31. *Supra*, note 28. Voir, quant à la disposition des notes de Day sur quatre colonnes, Brierley, *supra*, note 4 aux pp. 563-64.

renvoyer à un élément extérieur à l'article pour trancher le débat. Cet élément extérieur ne saurait être l'absence de crochets ou la présomption de sauvegarde du droit antérieur car ni l'un ni l'autre de ces critères ne se font concluants. Quoi de mieux, dès lors, que la version originale du texte lorsqu'on est à même d'identifier celle-ci? Cette conclusion ne paraît pas devoir être interrogée par la cinquième règle d'interprétation de Walton aux termes de laquelle «[t]he English and the French versions of the Code are of equal authority [...]». L'auteur ajoute, en effet, que «the one may be used to interpret the other»³². Il précise encore: «In comparing the two versions it is sometimes useful to know which was at first the original and which the translation»³³. Ainsi Walton conclut que malgré le principe de la parité de statut des deux versions, il est permis de faire primer l'une sur l'autre lorsqu'il s'agit d'assurer la cohésion interne de l'article.

Il vaut de noter, en dernier lieu, que ni l'*Acte concernant l'interprétation des Statuts de cette Province*³⁴, dont l'article 10 reste de droit positif à ce jour³⁵, ni, plus près de nous, la *Charte de la langue française* ne semblent devoir modifier cette conclusion³⁶. Quant à la première de ces lois, elle ne rejoint tout simplement pas la problématique qui nous retient. S'agissant de la *Charte*, l'on n'ignore pas que la Cour suprême du Canada, dans *P.G. Québec c. Blaikie*³⁷, a déclaré inconstitutionnel l'article 9 qui portait que «[s]eul le texte français des lois et des règlements est officiel». Il est vrai que la *Charte*, en son article 213, opérerait également un amendement à la *Loi d'interprétation*³⁸, dont l'article 40 se lit maintenant comme suit:

[...]

Les lois doivent s'interpréter, en cas de doute, de manière à ne pas restreindre le statut du français.

Outre le caractère éminemment douteux de la validité constitutionnelle de cette disposition à la lumière du jugement *Blaikie*³⁹, l'on ne voit pas comment la

32. Walton, *supra*, note 10 à la p. 96.

33. *Id.* à la p. 97. Voir aussi McCord, *supra*, note 22 à la p. viii: «Although both texts are equally law, it may be interesting, and in some instances, perhaps, useful to know, for purposes of interpretation, which was at first the original and which the translation».

34. S.Q. 1868, c. 7.

35. Voir John E.C. Brierley, «Quebec's 'Common Laws' (*droits communs*): How Many Are There?», dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, 111 aux pp. 124-25.

36. L.R.Q., c. C-11.

37. [1979] 2 R.C.S. 1016.

38. L.R.Q., c. I-16.

39. *Supra*, note 37. Voir *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 aux pp. 774-79, où la Cour écrit que «les versions anglaise et française des lois doivent faire pareillement autorité» (à la p. 774). Nous remercions M. le professeur Stephen A. Scott, de la Faculté de droit de l'Université McGill, pour ses éclaircissements sur cette question et

démonstration historique de la conformité de la version anglaise de l'article 1024 du Code civil du Bas Canada avec l'intention originale des Commissaires à la codification aurait pour effet de «restreindre le statut du français».

Au terme de cet examen des origines de l'article 1024 du Code civil, il convient de rappeler qu'une interprétation fidèle du texte de cette disposition par les tribunaux, eu égard à la primauté de la version anglaise, impose dès lors qu'une obligation fondée sur l'équité, l'usage ou la loi ne soit ajoutée au contrat que si elle a le caractère d'une obligation accessoire et qu'elle découle de la nature de celui-ci. C'est le lieu de nous interroger à savoir comment les tribunaux ont eux-mêmes eu recours à cette disposition.

B. La lecture jurisprudentielle

La conclusion à laquelle nous en arrivons relativement à la primauté de la version anglaise de l'article 1024 se trouve confortée par la jurisprudence dominante⁴⁰. Un examen des décisions judiciaires permet, en effet, de confirmer que les juges, lorsqu'ils précisent le contenu obligationnel du contrat sur le fondement de l'article 1024 du Code civil, se confinent, règle générale, à définir la portée d'une obligation principale *qui se trouve déjà au contrat*, restant par là fidèles à la nature de celui-ci. Même les juges les plus audacieux ne vont pas au-delà de la conceptualisation d'une obligation *accessoire* au contrat. De manière exceptionnelle, la Cour insère ainsi à l'entente contractuelle une obligation qui, accessoire à l'obligation principale, vient en quelque sorte s'y greffer afin, ici encore, de donner son plein effet à l'obligation principale même. À une époque où il est sans doute vrai d'affirmer que les juges se sentent davantage libres d'intervenir dans la sphère contractuelle que ce n'était jadis le cas, ce sont là les limites de l'interventionnisme judiciaire en matière d'obligations implicites. Cette lecture de la jurisprudence signifie nettement que la Cour se refuse à ajouter au contrat une obligation qui aurait elle-même le statut d'obligation principale: ce serait là, en effet, indûment modifier l'entente des parties, intervenir sans autorité. Ainsi l'on constate que les juges se servent du contrat tel que conclu par les parties elles-mêmes comme d'une charte ou d'une constitution: c'est le point de départ, la référence obligée, le pivot autour duquel s'organise l'intervention judiciaire. Celle-ci se situe nécessairement par rapport à ce que les parties ont elles-mêmes déterminé sans qu'il ne soit question de modifier la substance de leur entente.

pour avoir porté cette décision à notre attention.

40. Walton insiste, en sa neuvième règle d'interprétation, sur l'importance des décisions judiciaires eu égard à l'interprétation du Code civil: voir *supra*, note 10 aux pp. 104-09.

Il paraît nécessaire, afin d'appuyer ces assertions, de renvoyer à diverses décisions dans lesquelles les juges ont, au cours des dernières années, recouru à l'article 1024 du Code civil pour préciser le contenu obligationnel du contrat en litige et d'offrir de brèves observations au sujet de chacune d'entre elles:

*La Mutuelle du Canada, Cie d'assurance-vie c. L'Excelsior Cie d'assurance-vie*⁴¹: des agents d'assurance qui quittent leur emploi auprès d'un assureur et recommandent à des assurés une substitution de police doivent leur expliquer leur position face à l'assureur. Malgré l'absence de clause de non-concurrence dans les contrats entre l'assureur et ses agents, la Cour estime que ceux-ci avaient une obligation de loyauté envers l'assureur en vertu de l'article 1024 du Code civil. Cette obligation surgit ainsi en tant qu'accessoire à la prestation de services qui fait l'objet principal du contrat d'emploi.

*Hervé Rancourt Construction Inc. c. Sévigny*⁴²: contrat de construction. La Cour retient une obligation implicite de livrer une maison pourvue d'un système électrique en bon état et conforme aux normes réglementaires prescrites par les autorités publiques. Cette obligation, fondée sur l'article 1024, intervient à titre d'accessoire de l'obligation principale relative à la fourniture de la maison. La Cour n'ajoute ici aucune obligation principale au contrat.

*Entreprises Verdi Inc. c. Société des alcools du Québec*⁴³: contrat de vente de marchandises, où il est stipulé que l'acheteur peut prendre livraison des biens quand bon lui semble. La Cour juge que l'acheteur doit prendre livraison des biens avant le 1er avril. Cette décision démontre comment l'interventionnisme judiciaire se limite à préciser le contenu de l'une des obligations principales - soit l'obligation d'acceptation des marchandises - laquelle se trouve déjà inscrite au contrat par les parties elles-mêmes.

*Drouin c. Electrolux Canada Ltée*⁴⁴: contrat de louage de services avec clause de résiliation selon laquelle l'employeur peut, à son gré, mettre fin au contrat d'embauche par écrit. La Cour retient que l'employeur a l'obligation d'envoyer un préavis raisonnable en l'absence de cause juste et suffisante fondant le congédiement. L'intervention de la Cour a ici pour objet de préciser le contenu de la clause de résiliation, clause

41. [1988] R.J.Q. 1866 (C.S.).

42. [1989] R.R.A. 751 (C.A.).

43. (14 mars 1989), Montréal 500-05-003926-845, J.E. 89-646 (C.S.).

44. [1988] R.J.Q. 950 (C.A.). Voir aussi *Québec Grues c. Jobin*, [1985] C.A. 315.

accessoire à l'obligation principale d'embauche. Cette clause accessoire - on l'aura noté - est déjà contenue au contrat.

*Positron Inc. c. Desroches*⁴⁵: contrat individuel de travail. La Cour s'appuie sur l'article 1024 du Code civil pour retenir que l'employé ne peut utiliser, à l'encontre de son employeur, des informations confidentielles acquises dans le cours de son emploi. L'on ne saurait prétendre que la Cour étend ici la portée d'une obligation qui serait déjà inscrite au contrat: en effet, l'entente est muette sur cette question. Toutefois, il reste que cette obligation fondée sur l'article 1024 se fait naturellement l'accessoire de l'obligation principale qu'est la prestation de services. En d'autres termes, la Cour n'ajoute en rien au contrat une obligation qu'on pourrait qualifier de principale. L'obligation de confidentialité est nécessairement greffée à une autre obligation: la problématique de la confidentialité ne peut surgir que parce qu'il y a fourniture de services.

*Trizec Equities Ltd c. Hassine*⁴⁶: contrat de bail commercial avec clause de non-renouvellement en cas de diminution de crédit du locataire. Se fondant sur l'article 1024 du Code civil, la Cour entend cette clause de non-renouvellement, obligation accessoire au contrat, comme signifiant qu'il y a, pour le locateur, obligation de négocier un renouvellement de bail en l'absence de diminution de crédit. La Cour - on le voit - ne sort pas de la sphère contractuelle telle qu'elle a été définie par les parties elles-mêmes.

*Roy c. Commission scolaire de Jacques-Cartier*⁴⁷: la Cour retient qu'il y a, dans le contrat qui se forme entre les parents et l'institution scolaire, une obligation de cette dernière d'assurer la sécurité des enfants alors qu'ils exercent des activités sportives. Il ne fait pas de doute que cette obligation de surveillance n'est ici que l'accessoire d'une obligation principale, soit celle d'assurer un enseignement adéquat (y inclus sur le plan physique). L'obligation de surveillance dont parle le tribunal n'existe ainsi qu'en tant qu'accessoire à une obligation principale d'enseignement. Outre l'arrêt *Richard-Thibault c. Hôpital St-Michel Archange*⁴⁸, il vaut d'insister sur le fait que cette décision est la seule que nous ayons recueillie dans laquelle la jurisprudence fonde expressément,

45. [1988] R.J.Q. 1636 (C.S.).

46. (8 juin 1988), Montréal 500-09-001663-822, C.A.P. 88C-285 (C.A.).

47. [1987] R.R.A. 621 (C.S.).

48. *Infra*, note 58. *Adde*: *Surprenant c. Air Canada*, [1973] C.A. 107 aux pp. 125-26, où la Cour d'appel du Québec réfère à l'article 1024 par voie d'*obiter dictum*.

à bon droit, l'obligation contractuelle de sécurité implicite eu égard à l'intégrité de la personne sur cette disposition du Code civil.

*Banque Nationale du Canada c. Houle*⁴⁹: s'agissant d'un contrat de prêt, la Cour d'appel du Québec retient, en s'appuyant sur l'article 1024, que la banque devait, à l'échéance du remboursement, envoyer un préavis raisonnable avant de réaliser ses garanties. Les obligations principales sont ici relatives au prêt d'argent; l'envoi d'un préavis dans un contexte de réalisation de garantie n'est autre qu'une obligation accessoire à ces prestations principales que sont l'avance de fonds et le remboursement. Non mentionné au contrat, l'envoi de ce préavis reste tributaire de ces obligations principales, auxquelles il est nécessairement greffé⁵⁰.

*Chouinard c. Landry*⁵¹: dans un contrat médical, la Cour détermine qu'il convient de retenir la présence d'une obligation de renseignement relativement aux risques afférents aux traitements médicaux. Le scénario reste le même que dans le cadre des autres affaires étudiées: à l'obligation principale qu'est la prestation de soins médicaux, la Cour greffe une obligation accessoire relative à l'information. Cette deuxième obligation n'a pas pour effet de modifier la substance du contrat: elle ne fait que préciser la portée de l'obligation de soins elle-même.

*Kelegher, Stump Dessinateurs Associés Inc. c. Cuttle-Derry*⁵²: la Cour estime qu'un contrat de vente d'un lot incluant un droit d'approvisionnement au puits situé sur un lot voisin emporte - et c'est là qu'intervient la re-formulation de cette obligation accessoire - que l'approvisionnement soit suffisant pour les besoins normaux des occupants du chalet qui s'y trouve.

49. [1987] R.J.Q. 1518 (C.A.). Voir aussi *Caisse populaire de Baie St-Paul c. Simard* (9 septembre 1985), Saguenay 240-05-000043-845, J.E. 85-943 (C.S.).

50. Confirmant, pour d'autres motifs, la décision de la Cour d'appel dans *Banque nationale du Canada c. Houle*, *supra*, note 49, la Cour suprême du Canada écrit, en *obiter dictum*, qu'«il semble incontestable que tout contrat comporte, en droit civil québécois, une obligation implicite d'agir de bonne foi. Cette obligation découle de la longue tradition civiliste que l'on trouve formulée à l'art. 1024 C.c.B.-C.; elle exige que les droits soient exercés dans un esprit de loyauté»: *Banque Nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122 à la p. 158 (Mme le juge L'Heureux-Dubé).

51. [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.) (M. le juge LeBel). Voir aussi, pour un cas d'information relative à l'emploi d'une médication, *Dodds c. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623 (C.A.).

52. [1983] C.A. 296. Voir aussi *Caisse populaire Desjardins de Saint-Nicolas c. Rouette*, [1988] R.J.Q. 2667 (C.A.).

*Parent c. Héritiers de Roger Lacroix*⁵³: contrat d'entreprise ayant pour objet l'isolation d'un immeuble. La Cour est d'avis qu'accessoirement à la pose de laine minérale - obligation principale du contrat - l'entrepreneur doit s'assurer que celle-ci n'empêche pas une bonne circulation d'air à l'intérieur de l'édifice.

*Banque Nationale du Canada c. Soucisse*⁵⁴: contrat de cautionnement révocable en tout temps. La Cour retient que la banque, ayant pris l'initiative d'informer la succession de l'existence d'un cautionnement conclu par le *de cuius*, devait, par surcroît, informer les héritiers du caractère révocable du cautionnement. C'est cette obligation d'information dont la Cour précise ici la portée en référant à l'article 1024 du Code civil. Il va sans dire qu'il ne s'agit pas là de l'obligation principale au contrat de cautionnement.

*Déménagements Tremblay Express Ltée c. Audet*⁵⁵: contrat de transport de marchandises. La Cour estime qu'advenant l'impossibilité, pour le transporteur, de livrer ses marchandises, il a l'obligation de les entreposer. L'on précise ainsi la portée de l'obligation de livraison.

*National Drying Machinery Co. c. Wabasso Ltd*⁵⁶: contrat de vente. La Cour détermine que le vendeur est titulaire d'une obligation de sécurité lui imposant d'informer l'acheteur eu égard aux risques inhérents à l'utilisation de la chose vendue. Il apparaît nettement, à la lecture de la décision, que la Cour ne prétend pas, ce faisant, ajouter au contrat de vente une nouvelle obligation principale: «Cette obligation de sécurité en est une accessoire, née du contrat de vente»⁵⁷.

*Richard-Thibault c. Hôpital St-Michel Archange*⁵⁸: contrat hospitalier. M. le juge Mayrand impute à l'hôpital psychiatrique une obligation de

53. (8 février 1982), Québec 200-02-003518-803, J.E. 82-330 (C.P.).

54. [1981] 2 R.C.S. 339.

55. [1981] C.P. 138.

56. [1979] C.A. 279.

57. *Id.* à la p. 284 (M. le juge Mayrand). Il y a ici confusion entre les notions d'«obligation de sécurité» et d'«obligation de renseignement». Quoique ces deux obligations soient complémentaires l'une de l'autre en ce que l'obligation de renseignement a précisément pour objet d'assurer la sécurité du destinataire du renseignement, il faut voir que la notion de renseignement est plus large que celle de sécurité en ce qu'elle rejoint également, par exemple, les informations relatives au mode d'emploi et ce, même en l'absence de tout danger potentiel. Voir, pour le rejet d'une assimilation de ces deux obligations, Pierre Legrand, «Pour une théorie de l'obligation de renseignement du fabricant en droit civil canadien», (1981) 26 R. de D. McGill 207 aux pp. 224-30.

58. (20 juillet 1981), Québec 200-09-000203-783, J.E. 81-855 (C.A.).

surveillance du patient. Une lecture du jugement nous démontre que la Cour d'appel s'est contentée, ici également, de préciser la portée d'une obligation principale d'hébergement contenue au contrat hospitalier⁵⁹. Dans un contexte psychiatrique, en effet, la notion d'hébergement ne saurait être dissociée de celle de surveillance.

Parmi les décisions relatives à l'article 1024 du Code civil, il en est qui se fondent précisément sur cette partie de l'article dévolue aux obligations qui découlent de la «loi». Dans *Banque de Montréal c. P.G. Québec*⁶⁰, par exemple, la Cour suprême du Canada retient ainsi qu'une obligation édictée par la *Loi sur les lettres de change*⁶¹ fait partie du contenu obligationnel du contrat bancaire. De même, dans *Côté c. Placements M. & A. Brown Inc.*⁶², la Cour retient que le contrat d'emploi comprend les obligations prévues par la loi. En l'espèce, il s'agissait de certaines dispositions issues de la *Loi sur les normes du travail*⁶³. Ces obligations sont toutefois des obligations légales qui, loin de s'ajouter aux obligations principales du contrat déjà existantes (la prestation de services et la rémunération), viennent en préciser la portée. Les faits, dans l'affaire *Côté*, étaient relatifs à une renonciation, par un employé démissionnaire, à deux semaines de salaire et à son indemnité de vacances. De même, dans *Albert c. Cie Gaspésia Ltée*⁶⁴, une affaire impliquant un contrat individuel de travail, la Cour a jugé que les obligations portées à la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* constituent partie intégrante du contrat⁶⁵. Ces obligations légales, faut-il le préciser, se greffent à l'obligation principale de fourniture de services:

Le droit qu'a un travailleur à son salaire et aux avantages liés à son emploi pendant que dure une suspension des travaux ou une fermeture est un accessoire de son contrat de louage de service. Peu importe ici que ce contrat individuel soit complété ou non par la convention collective. Cette disposition de la Loi sur la santé et la sécurité du travail [art. 187] devient un accessoire du contrat principal par application de l'article 1024 du Code civil⁶⁶.

Encore, dans *Mungham c. Larivière*⁶⁷, la Cour retient que, s'agissant d'un contrat de location d'habitation, les obligations prévues par la loi relatives au bail

59. *Id.* aux pp. 10-11.

60. [1979] 1 R.C.S. 565.

61. S.R.C. 1970, c. B-5 (devenue L.R.C. 1985, c. B-4).

62. (4 août 1987), Montréal 500-02-028295-850, J.E. 87-1193 (C.P.).

63. L.R.Q., c. N-1.1.

64. (2 septembre 1986), Gaspé 110-02-000292-840, J.E. 86-984 (C.P.).

65. L.R.Q., c. S-2.1.

66. Voir *Albert c. Cie Gaspésia*, *supra*, note 64 à la p. 6 (M. le juge Fortier).

67. [1983] C.P. 119.

d'habitation (ainsi les articles 1659 à 1659.8 du Code civil) deviennent des clauses du contrat.

Il nous est donné de constater, au vu de cet échantillonnage de décisions récentes, que les tribunaux font appel à l'article 1024 du Code civil du Bas Canada de manière particulièrement circonspecte au point où l'on en vient à se demander s'il ne joue pas, dans certaines affaires, un rôle tout à fait inutile. Est-il ainsi véritablement nécessaire de recourir à l'article 1024 pour en arriver à conclure, comme la Cour le fait dans l'affaire *Mungham*⁶⁸, que les articles 1659 à 1659.8 du Code civil s'appliquent au contrat de l'espèce lorsque l'article 1664 déclare déjà ces dispositions d'ordre public? Ce qui nous permet de noter, encore une fois, combien l'article 1024 n'est pas utilisé de manière subversive par les juges.

Cette prudence du judiciaire s'illustre également *a contrario*. Par exemple, dans une affaire *Bossio c. Sciortino*⁶⁹, la Cour se montre d'avis qu'on ne peut recourir à l'article 1024 du Code civil pour insérer une clause de non-concurrence dans un contrat de vente d'actions. Ce serait là, en effet, ajouter à un contrat une obligation qui ne participe pas de sa nature. De même, dans *Faule c. Sun Life du Canada, Cie d'assurance-vie*⁷⁰, la Cour refuse de lire au contrat individuel de travail une clause selon laquelle le siège social de l'employeur ne serait pas déplacé en cours de contrat.

En guise d'épilogue à cet examen de la jurisprudence récente relative à l'article 1024 du Code civil, il paraît opportun de renvoyer à deux décisions qui, à travers de brefs passages, résument utilement la position des juges en la matière et confirment que ceux-ci se gardent bien d'ajouter au contrat des obligations principales que les parties n'ont pas prévues ou des obligations accessoires qui ne découlent pas de la nature du contrat. Dans *Canadian Indemnity Insurance Co. c. Bureau d'investigation Concorde du Canada Ltée*, M. le juge Macerola s'exprime en ces termes:

*Il découle d'un contrat dont l'objet est de fournir des services de sécurité que la compagnie qui procure ces services est responsable si un incident survient alors qu'il pouvait être prévenu par son préposé dans l'exécution de sa tâche*⁷¹.

68. *Ibid.*

69. [1986] R.D.J. 410 (C.A.).

70. (28 juin 1984), Montréal 500-06-000008-843, J.E. 84-564 (C.S.).

71. (19 janvier 1987), Montréal 500-05-009389-832 (C.S.) [résumé à [1987] R.R.A. 105] à la p. 8 [les italiques sont ajoutés].

Pareillement, dans *Dempsey c. Canadian Pacific Hotels Ltd*, M. le juge Lesyk rappelle que:

This article [1024] only determines the scope or extension of the obligations *which necessarily flow from an agreement* between the contracting parties⁷².

Tant la lettre de l'article 1024 du Code civil que les précédents jurisprudentiels confirment donc que les seules obligations implicites autorisées par le droit positif sont les obligations accessoires découlant de la nature du contrat. Chacune des interventions du juge dans le contrat commande donc une analyse préalable de l'accord, afin d'en mettre au jour la nature, et de l'obligation principale, en vue d'en cerner les contours. Ces opérations menées à bien, le juge sera fondé à ajouter au contrat une obligation implicite en-deçà des paramètres indiqués. Cette conclusion est d'ailleurs commandée par la logique du droit du contrat porté au Code civil:

- l'article 1024 n'a vocation à intervenir que s'il existe un contrat valide entre les parties;
- comme en font foi les articles 984 et 1058 du Code civil, un contrat valide pré-suppose l'existence d'une obligation ayant un objet;
- dès lors, l'article 1024, en tant qu'il concerne l'expansion du contrat, ne saurait porter que sur des obligations *accessoires* puisque le contrat comprend déjà nécessairement une obligation principale ayant un objet⁷³.

Si légitime soit-elle, une intervention judiciaire visant ce qui, dans le contrat, participe de sa nature tout en relevant de l'accessoire, conduit cependant le juge à franchir la frontière entre l'interprétation et la révision du contrat.

II. La révision judiciaire du contrat

Il ne saurait faire de doute que, même dans le cadre des limites posées par le texte de l'article 1024 du Code civil, celui-ci confère aux tribunaux un pouvoir de révision judiciaire. En effet, l'on ne peut accepter, avec Crépeau, que la seule tâche à laquelle se livrent les juges dans ce contexte soit d'«auscult[er]»

72. [1984] C.S. 752 à la p. 754 [les italiques sont ajoutés].

73. Voir, en ce sens, Andrée Lajoie, Patrick A. Molinari et Jean-Louis Baudouin, «Le droit aux services de santé: légal ou contractuel?», (1983) 43 R. du B. 675 à la p. 715.

le contrat, de le «dépli[er]» afin de «déceler» - c'est-à-dire de mettre au jour - les obligations qui doivent relever du régime contractuel⁷⁴.

A. Les limites de l'interprétation

Retenir le langage de l'interprétation signifierait que ces obligations que le juge retient comme faisant partie du contrat s'y trouvent déjà, comme en filigrane. C'était apparemment l'idée de Domat⁷⁵. Si cela peut se concevoir s'agissant des obligations fondées sur l'«usage»⁷⁶ ou sur la loi, l'on ne voit pas comment on pourrait en dire autant des obligations que le juge qualifie de contractuelles en invoquant l'«équité». S'agissant de l'obligation de renseignement, par exemple, on l'imagine mal logeant à l'enseigne de l'«usage». S'il est, par ailleurs, des cas de prescription législative ou réglementaire, il reste que, le plus souvent, le juge ne peut qualifier de contractuelles les obligations implicites qu'en invoquant l'équité et ce, qu'il le fasse expressément ou autrement. Traitant précisément de ce fondement à l'intervention de la Cour, Carbonnier n'hésite pas à écrire qu'«[i]l faut comprendre que le juge a le pouvoir d'attacher au contrat des conséquences que les parties n'ont pas réellement envisagées»⁷⁷. D'autres se sont montrées plus caustiques (mais non moins perspicaces) et ont stigmatisé l'explication fondée sur l'interprétation comme constituant «une casuistique indigne du civiliste»⁷⁸. C'est ainsi qu'on a pu écrire:

[O]n a le devoir de reléguer désormais dans le domaine historique les théories-panacées qui ont eu leur temps de gloire, mais dont une saine compréhension du droit a ruiné le crédit. Aux tenants de la présumée reconstitution des volontés privées, une seule concession pourrait être

74. Crépeau, *supra*, note 7 à la p. 6. Voir, en ce sens, par exemple, Philippe Malinvaud, *Droit des obligations [.] Les mécanismes juridiques des relations économiques*, 5e éd., Paris, Litec, 1990, no 237, p. 285: «Par le biais de l'interprétation, la jurisprudence introduit dans les contrats des obligations de sécurité»; Henri, Léon et Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1: *Obligations*, 7e éd. par François Chabas, Paris, Montchrestien, 1985, no 402, p. 382, où les auteurs parlent d'une «recherch[e] [de] la volonté des parties», plus précisément de leurs «*intentions tacites*» [les italiques sont des auteurs]; Henri et Léon Mazeaud et André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6e éd., Paris, Montchrestien, 1965, nos 165-72, pp. 222-25.

75. Voir Domat, *supra*, note 5, Sect. III, I: «toutes ces suites de conventions sont comme des pactes tacites et sous-entendus, qui en font partie, car les contractants consentent à tout ce qui est essentiel à leurs engagements».

76. Voir ainsi M. le Baron Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XII, Paris, Treuttel et Würtz, 1828 à la p. 90: «Adoption de l'article 32 (1135 du *Code [civil français]*), avec l'explication qu'il ne s'agit pas de permettre que l'usage ajoute aux engagements, mais seulement de l'en constituer l'interprète». Peut-il, du reste, en aller autrement au vu de l'art. 1160 du Code civil français (comme de l'art. 1017 C.c.B.C.)?

77. Carbonnier, *supra*, note 1, no 27, p. 68.

78. Simone Goldschmidt, *L'obligation de sécurité* (thèse, Besançon), 1947 à la p. 200.

accordée: en introduisant d'office une obligation dans le cadre du contrat, la jurisprudence place les parties dans une situation qu'elles auraient pu créer en même temps qu'elles créaient de leur plein gré le rapport juridique tendant, par exemple, au transport ou à l'amusement de l'une d'elles⁷⁹.

Kuhn dirait qu'il faut voir dans l'explication traditionnellement mise de l'avant un paradigme révolu⁸⁰.

Dès lors, selon Durkheim, c'est cet article du Code qui, le mieux, montre «que les contrats donnent naissance à des obligations qui n'ont pas été contractées»⁸¹. Un arrêt récent y insiste. Ainsi dans *Aselford Martin Shopping Centres Ltd c. A.L. Raymond Ltée*, la Cour, refusant à un vendeur le bénéfice d'une clause de transport de loyers consentie par l'acheteur en termes tout à fait nets, écrit, se référant expressément à l'article 1024 du Code civil, que celui-ci confère un pouvoir de correction du contrat au juge:

L'équité fait donc partie intégrante de tous les contrats civils, malgré la doctrine fondée sur l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. Elle permet au juge un pouvoir discrétionnaire de corriger les conséquences des iniquités les plus graves dans les contrats⁸².

Avancer que l'article 1024 constitue la «règle fondamentale d'interprétation des contrats» ne rend donc pas compte de la dynamique qui intervient entre les sphères contractuelle et judiciaire⁸³. Morin l'a bien vu qui écrit: «dans la réalité cette obligation prétendue contractuelle ne découle pas de la volonté de celui qui en est le débiteur, mais lui est imposée dans l'intérêt de la victime»⁸⁴. Il serait, par exemple, fantaisiste pour la Cour d'imputer à un transporteur une intention d'assumer une obligation de sécurité. Comment, en effet, prêter à un débiteur une intention, au moment de la formation du contrat, de sciemment alourdir son fardeau obligationnel lorsque, par ailleurs, les

79. *Id.* aux pp. 200-01.

80. Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2e éd., Chicago, University of Chicago Press, 1970, *passim*. Voir, généralement, Pierre Legrand, «The Case for Judicial Revision of Contracts in French Law (And Beyond)», (1989) 34 McGill L.J. 908 aux pp. 915-30.

81. Émile Durkheim, *De la division du travail social*, 11e éd., Paris, P.U.F., 1986 à la p. 190 [d'abord paru en 1930].

82. [1990] R.J.Q. 1971 (C.S.) à la p. 1976 (M. le juge Frenette).

83. Paul-André Crépeau, «Les transformations de l'établissement hospitalier et les conséquences sur le droit de la responsabilité», dans Jacques Boucher et André Morel, éd., *Livre du Centenaire du Code civil*, t. II: *Le droit dans la vie économique-sociale*, Montréal, P.U.M., 1970 à la p. 199.

84. Gaston Morin, *La révolte du droit contre le Code*, Paris, Sirey, 1945 à la p. 13.

circonstances ne révèlent l'existence d'aucune contrepartie qui le justifierait de procéder ainsi? Ne sommes-nous pas confrontés ici à une pratique singulièrement divinatoire et n'ayant que fort peu à voir avec la réalité contractuelle? Aussi Viney, renvoyant à la décision de la Cour de cassation qui, la première, sanctionnait l'obligation de sécurité du transporteur de personnes, n'hésite pas à mentionner que la Cour avait alors «découv[ert], c'est à-dire [i]nvent[é]» l'obligation de sécurité⁸⁵.

Kelsen, dans un passage qu'il importe de reproduire, reprend les raisons pour lesquelles l'article 1024 du Code civil ne saurait - eu égard à la notion d'équité qui y est mentionnée - participer de l'interprétation du contrat:

Si l'on demande de quelle manière les volontés de deux ou plusieurs individus, qui constituent le fait de la convention, doivent coopérer, l'analyse montre que les volontés, ou plutôt *les manifestations de volonté des sujets concluant la convention doivent apparaître dirigées vers le même objet*. Cet objet est toujours la conduite d'un individu et en général la conduite de l'un ou des deux individus concluant la convention. Les parties contractantes doivent, d'après ce qu'on peut conclure de leurs manifestations, vouloir la même chose, leurs actes de volonté exprimés doivent être parallèles; même si les parties contractantes doivent aux termes de la convention se comporter différemment. [...] En ce qui concerne l'acte de conclusion du contrat, les volontés exprimées doivent toujours, et sans exception, être parallèles, c'est-à-dire elles doivent toujours avoir le même contenu⁸⁶.

Comme l'écrivait déjà Sainctelette, «[q]ui dit contrat dit commune intention. La *commune intention* n'est pas divisible. Elle est ou elle n'est pas»⁸⁷. Ainsi il est indéniable que l'intervention du juge dans la sphère contractuelle, par le biais d'adjonction d'obligations au contrat, s'écarte du processus de formation de la norme que décrit Kelsen. Il ne fait pas de doute, en effet, que l'obligation faisant l'objet de l'intervention judiciaire ne reflète pas l'expression de volontés «parallèles» des parties. C'est ce que constate Josserand: «ni le débiteur n'a eu la générosité imprudente que la jurisprudence veut bien lui prêter, ni le créancier n'a songé à formuler les exigences qu'on lui suppose»⁸⁸. Il n'y a pas *consonance* des volontés relativement à cette obligation. Car parlons concrètement: cette

85. Voir Geneviève Viney, *Traité de droit civil*, t. IV: *Les obligations* [:] *La responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1982, no 501, p. 605, référant à Civ., 21 novembre 1911, D.1913.1.249, n. Louis Sarrut; S.1912.1.73, n. Ch. Lyon-Caen.

86. Hans Kelsen, «La théorie juridique de la convention», (1940) *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 33 aux pp. 39-40 [les italiques sont ajoutés].

87. Charles Sainctelette, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles et Paris, Bruylant et Marescq, 1884, no 10bis, p. 131 [les italiques sont de l'auteur].

88. Louis Josserand, «Le contrat dirigé», D.H.1933.Chr.89 à la p. 90.

obligation que le juge insère dans le contrat fait l'affaire d'une partie et pas l'affaire de l'autre.

Lorsqu'une cour laisse entendre, par exemple, qu'on peut apercevoir dans un contrat donné une intention «implicite» de fournir sa sécurité au cocontractant, elle entend donc ajouter à celui-ci une obligation que l'une des parties au moins - le transporteur, par exemple - n'a jamais eu l'intention d'y insérer. La cour paraît alors renvoyer aux seules attentes du créancier de cette obligation. Il est d'ailleurs loisible de se demander comment ces attentes viennent à l'attention des tribunaux, notamment lorsque la détermination s'opère en Cour d'appel, c'est-à-dire en l'absence de témoins. Quant aux attentes de notre hypothétique transporteur - rappelons-nous l'idée de *commune* intention à la base du contrat - l'on peut penser que si celui-ci avait voulu s'engager à l'obligation que lui impute la Cour d'appel, il eut pris garde de vérifier, au préalable, que le langage de son contrat d'assurance lui donnât clairement droit de prétendre à une indemnité au cas de responsabilité civile contractuelle pour fourniture inadéquate de sécurité et, possiblement, d'exiger un prix plus élevé de son cocontractant. Aussi peut-on facilement comprendre que l'intervention judiciaire se révèle particulièrement fâcheuse pour ce transporteur lorsqu'elle débouche sur la reconnaissance d'une obligation implicite qui se voit insérée dans le contrat pour la première fois. Le geste du juge ne saurait, dès lors, relever de la simple interprétation *a posteriori*. Plutôt, il y a bel et bien là l'exercice par le juge d'un pouvoir de révision judiciaire qui trouve sa source dans l'article 1024 du Code civil; et c'est ce pouvoir qui lui permet de remanier le contrat malgré l'absence d'un parallélisme des volontés des parties. Ainsi l'article 1024 va au-delà de la simple interprétation; n'est-il pas d'ailleurs, comme il a été mentionné, situé, au Code civil, au-delà de la section relative à l'interprétation⁸⁹?

Mais, hormis le recours à l'équité, une autre question se soulève encore relativement à la portée de l'article 1024. Le juge peut, en effet, invoquer cette disposition pour insérer dans le contrat des obligations qui, découlant de sa nature et étant accessoires à l'obligation principale, sont issues, non de l'équité mais bien de la «loi»⁹⁰. La cour pourrait-elle ainsi fonder la responsabilité contractuelle du débiteur de l'obligation de sécurité sur l'article 1024 du Code civil si elle devait retenir que les obligations qui lui sont imposées lui incombent en vertu de lois ou règlements précisant la portée de normes professionnelles et techniques visant la sécurité? La question mérite d'être explorée dans la mesure

89. *Supra* au texte accompagnant la note 1. Voir également Domat, *supra*, note 5, Sect. II, X-XXIV, où l'auteur ne situe pas non plus son texte dévolu à la portée du contrat [reproduit intégralement *supra* au texte accompagnant la note 8] aux rubriques qu'il consacre à l'interprétation.

90. Au sens du Code civil, le mot n'entend s'appliquer qu'aux lois québécoises: art. 17, parag. 2 C.c.B.C.

où l'importance de cette normalisation législative et réglementaire ne fait pas de doute⁹¹. La décision de la Cour d'appel du Québec dans *Hervé Rancourt Construction Inc. c. Sévigny* illustre fort bien la problématique soulevée. Traitant de l'entrepreneur et «de son obligation contractuelle fondamentale d'exécution conforme aux normes courantes des techniques de la construction et des règlements en vigueur»⁹², M. le juge LeBel, citant l'article 1024 du Code civil à l'appui de son assertion, écrit:

Un contrat de construction comprend généralement l'obligation parfois expresse, toujours au moins implicite, de conformité de l'oeuvre aux normes prescrites par les autorités publiques. [L'entrepreneur] assumait l'obligation de livrer à [son client] une maison pourvue d'un système électrique en bon état et conforme à la réglementation sur les installations électriques et au Code de l'électricité adopté en vertu de celle-ci⁹³.

Ainsi tout contrat comprendrait une obligation implicite de conformité aux normes législatives et réglementaires de sécurité, ce qui signifierait que toute violation de celles-ci entraînerait, du coup, une responsabilité contractuelle. Il est à noter que la Cour insiste sur le fait que la sous-traitance ne saurait en rien alléger l'obligation de l'entrepreneur envers son client. Il y a là une application du principe général de responsabilité contractuelle du fait d'autrui⁹⁴. De nombreuses autres décisions mettent de même en relief le rôle des textes législatifs et réglementaires dans le processus de détermination judiciaire de la conformité à l'obligation de sécurité.

Dans *Larivée c. Commission scolaire de Waterloo*⁹⁵, la Cour insiste sur le fait que l'aménagement des lieux où s'est produit l'accident respecte les normes et exigences du *Code du bâtiment*⁹⁶, alors que, dans l'affaire *Laplante c. Commission scolaire régionale Louis Fréchette*⁹⁷, l'on impute une responsabilité civile à un centre d'éducation des adultes pour avoir toléré que des étudiants ne portent pas constamment des lunettes de sécurité alors qu'ils effectuent des

91. Voir, généralement, Jacques Ghestin, «Normalisation et contrat», dans *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, 485; (1985) 19 R.J.T. 1. Cet auteur aborde également la problématique du statut juridique de normes n'ayant pas été adoptées par voie de règlement ou de loi mais étant le fait d'une agence de normalisation.

92. *Supra*, note 42 à la p. 758.

93. *Ibid.*, renvoyant à la *Loi sur les installations électriques*, L.R.Q., c. I-13.01.

94. Voir *Cinépix Inc. c. J.K. Walkden Ltd.*, [1980] C.A. 283; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.). Voir aussi, en matière de sous-traitance, *Construction J.R.L. (1977) Ltée c. La Royale du Canada*, [1988] R.R.A. 217 (C.A.).

95. [1989] R.R.A. 905 (C.S.).

96. R.R.Q. 1981, c. S-3, r. 2, adopté en vertu de la *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, L.R.Q., c. S-3.

97. [1990] R.R.A. 373 (C.S.). La Cour qualifie, à tort, cette responsabilité de non contractuelle.

travaux à risque et ce, en contravention du *Règlement sur les établissements industriels et commerciaux*⁹⁸. De même, dans *Marchand c. Station de ski St-Mathieu Inc.*⁹⁹, la Cour retient une responsabilité civile à l'encontre de l'opérateur d'un centre de ski pour n'avoir pas placé un surveillant de manière à ce qu'il puisse surveiller le débarcadère du télésiège en violation du *Règlement sur la sécurité des remontées mécaniques*¹⁰⁰. Plus récemment, dans *Paulin c. Aetna Casualty du Canada*¹⁰¹, la Cour jugeait que le degré d'inclinaison de la pente d'une rampe d'accès dans un établissement commercial n'étant pas conforme au *Code du bâtiment*¹⁰², le propriétaire de l'établissement devait être tenu responsable de l'accident subi par un paraplégique qui, se déplaçant en fauteuil roulant, s'était blessé en tombant sur le parquet de l'établissement¹⁰³. Il convient de renvoyer, enfin, à l'affaire *Dufort c. Station touristique de Bromont*¹⁰⁴, où la Cour détermine qu'il n'existe ni normes ni réglementation relativement à la construction de glissades d'eau et conclut à l'absence de responsabilité civile du propriétaire du parc d'amusement¹⁰⁵.

Toutes ces normes doivent-elles, comme le suggère l'arrêt *Hervé Rancourt Construction Inc. c. Sévigny*¹⁰⁶, participer du contrat en vertu de la «loi», cette rubrique constituant l'un des fondements de l'expansion du contrat mentionnés à l'article 1024 du Code civil? Au-delà des questions relatives à la nature du contrat et au caractère accessoire de l'obligation en cause, qu'il n'y a pas lieu de soulever de nouveau ici, la réponse à cette question passe par une réconciliation des articles 1024 et 1057 du Code civil, cette dernière disposition relevant du domaine de la responsabilité non contractuelle et fondant les obligations issues de la loi seule¹⁰⁷. La jurisprudence considère ces textes comme

-
98. R.R.Q. 1981, c. S-2.1, r. 9, adopté en vertu de la *Loi sur la santé et sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1.
99. [1988] R.R.A. 56 (C.S.). La Cour qualifie, à tort, cette responsabilité de non contractuelle.
100. R.R.Q. 1981, c. S-3, r. 5, adopté en vertu de la *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, *supra*, note 96.
101. [1990] R.R.A. 798 (C.S.).
102. *Supra*, note 96.
103. Cf. *Leckerman c. Hôpital du Sacré-Coeur de Cartierville*, [1989] R.R.A. 46 (C.S.), où la Cour fonde la violation d'une obligation (non contractuelle) de sécurité sur une violation de la *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, *supra*, note 96.
104. [1990] R.R.A. 853 (C.Q.).
105. Voir, pour d'autres décisions, par exemple, *Commission de transport de la Communauté urbaine de Montréal c. Timm*, [1986] R.J.Q. 2509 (C.A.), retenant une responsabilité (non contractuelle) pour une chute dans un escalier mécanique; *Moreau c. La Commission Hydro-Électrique du Québec* [1986] R.R.A. 51 (C.S.), relative à l'obligation, pour la compagnie hydro-électrique, d'assurer la sécurité d'un monteur travaillant sur son réseau.
106. *Supra*, note 42.
107. L'art. 1057 C.c.B.C. se lit comme suit:
Les obligations naissent, en certains cas, de l'opération seule et directe de la loi, sans qu'il intervienne aucun acte, et indépendamment de la volonté de la personne obligée, ou de celle en faveur de qui l'obligation est imposée;

étant exclusifs l'un de l'autre et conduit à conclure que, s'agissant de l'existence d'une obligation de fourniture de sécurité en vertu des normes législatives ou réglementaires, c'est bien le seul article 1024 du Code civil qui doit trouver application. Il convient d'explicitier le fondement de cette détermination.

S'agissant de l'article 1057 du Code civil, la jurisprudence retient qu'il ne peut être mis de l'avant comme fondement d'une obligation qu'en l'absence de toute intervention volontaire du débiteur. Si l'on se reporte au texte même de cette disposition, l'on constate que les obligations des tuteurs ou administrateurs ou encore les obligations des enfants envers leurs parents indigents sont précisément des obligations qui voient le jour sans que le débiteur n'ait lui-même fait quoi que ce soit pour leur donner forme. Ces obligations naissent, au sens le plus rigoureux, de la loi seule. Dès lors, dans tous les cas où une obligation doit être imputée à une partie dans des circonstances où celle-ci n'a pas, par une intervention volontaire de sa part, elle-même déclenché l'application de cette obligation, seul l'article 1057 du Code civil peut être retenu comme fondement de cette obligation¹⁰⁸. La prise en considération de la jurisprudence révèle que les mots «et autres semblables», qui se retrouvent en fin d'article, réfèrent à toutes les situations où une partie fait, de même, l'objet d'une obligation sans intervention aucune de sa part¹⁰⁹. C'est ainsi que reposent sur l'article 1057 les obligations qui, semblablement à celles des tuteurs, administrateurs, enfants, *etc.*, interviennent sans que le débiteur n'ait manifesté le moindre acquiescement à cette situation, c'est-à-dire sans manifestation de volonté aucune de son chef.

Si, toutefois, les circonstances de l'espèce révèlent une intervention volontaire, par exemple la conclusion d'un contrat comme expression de volontés libres des parties en cause, il ne saurait alors être recouru à l'article 1057. En effet, telle intervention exclut l'article 1057 du Code civil dans la mesure où l'on ne saurait plus affirmer que les obligations légales qui s'imposeront aux parties, le cas échéant, naissent de la loi seule. Ce n'est pas en vertu de la loi seule que le justiciable se trouve assujéti aux dispositions des

Telles sont les obligations des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la charge qui leur est imposée;
L'obligation des enfants de fournir à leurs parents indigents les nécessités de la vie;
Certaines obligations des propriétaires de terrains adjacents;
Les obligations qui en certaines circonstances, naissent de cas fortuits;
Et autres semblables.

108. Voir, par exemple, *Brouillard c. Perron*, [1989] R.J.Q. 569 (C.A.); *Regout c. Commission scolaire régionale de l'Outaouais*, [1983] R.L. 524 (C.P.); *Mungham c. Larivière*, *supra*, note 67. Voir aussi *Senéz c. Chambre d'Immeuble de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 555 à la p. 567 (M. le juge Beetz); *Banque de Montréal c. P.G. Québec*, *supra*, note 60 à la p. 572 (M. le juge Pratte).

109. Voir *Lapierre c. P.G. Québec*, [1985] 1 R.C.S. 241 aux pp. 262-63 (M. le juge Chouinard).

normes législatives et réglementaires ou, par exemple, à la *Loi sur les normes du travail*¹¹⁰. En effet, les obligations prévues à cette loi ne s'imposent au justiciable que parce qu'il a conclu un contrat individuel de travail avec un employeur. L'article 1024 du Code civil nous enseigne que, même s'il est muet sur la question, le contrat s'étend alors aux dispositions légales accessoires pertinentes, eu égard à sa nature. Dans cette situation, seul le recours à l'article 1024 doit être autorisé; et, parce que cet article a pour objet de préciser le contenu du contrat, il en résulte que la violation d'une disposition telle que la loi déjà mentionnée en matière de droit du travail entraîne, pour le débiteur, une responsabilité contractuelle.

Ces observations commandent deux conclusions. Premièrement, il convient de noter qu'un demandeur ne peut s'appuyer à la fois sur les articles 1024 et 1057 du Code civil. Il doit nécessairement choisir l'une de ces deux avenues. Deuxièmement, la détermination de l'option qui mérite d'être retenue passe par un examen de la situation factuelle en cause et oblige à juger si, ce cas témoigne d'une intervention volontaire du justiciable qui serait à la source de l'obligation qu'on veut lui imputer et qui, du coup, excluerait l'article 1057 et aurait l'heur de fonder celle-ci sur le seul article 1024 du Code civil, c'est-à-dire de situer la responsabilité sur le plan contractuel.

B. Le rôle du juge

Qui dit «interprétation» ne dit donc pas «révision», les deux notions s'excluant l'une l'autre. Et il ne saurait être question ici que de simples nuances: s'agissant d'interprétation, le rôle du juge est de donner son plein effet à la volonté des parties alors qu'en matière de révision il s'agit pour le juge, au contraire, de remanier le contrat à l'encontre même de la volonté des parties ou, du moins, de l'une d'entre elles. Le renvoi à l'intention commune des parties se fait ainsi incompatible avec une disposition telle l'article 1024 du Code civil qui vise précisément à guider le juge en l'absence de telle communauté d'intention. Il y a lieu de paraphraser Demolombe traitant de l'interprétation des lois:

interpréter, c'est découvrir, c'est *élucider* le sens exact et véritable [du contrat]. Ce n'est pas changer, modifier, innover; c'est déclarer, c'est reconnaître. L'interprétation peut être plus ou moins ingénieuse et subtile; elle peut même parfois prêter [aux parties] des vues, des intentions qu'[elles] n'avai[ent] pas ..., meilleures ou moins bonnes; mais enfin il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir *inventé*; autrement, elle ne serait plus de *l'interprétation*¹¹¹.

110. *Supra*, note 63.

111. Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 2e éd., t. I, Paris, Durand, 1860, no 115, pp. 134-35 [les italiques sont de l'auteur].

Un recours à l'article 1024 du Code civil - c'est-à-dire à la rationalité de l'implicite - dans les décisions où la jurisprudence sanctionne une obligation de renseignement ou une obligation de sécurité marquée au coin de l'équité illustre nettement une vision franchement *expédiente* du droit. Le contrat devient, pour transplanter la formule de Jutras, «un instrument de réalisation des objectifs externes qu'on fixe pour la responsabilité civile»¹¹². Ainsi la cour utilise l'article 1024 comme un outil lui permettant d'atteindre à ses visées. Aussi se voit-elle appelée à fonctionner à rebours.

Elle décide d'abord qu'il doit y avoir réparation. Vu l'indisponibilité des remèdes «préfabriqués» (on sait que, par hypothèse, le contrat est muet sur la question en litige), elle choisit de créer une situation qui justifiera l'octroi d'un remède taillé «sur mesure». Ceci implique la construction d'une violation d'obligation. La cour identifie dès lors une conduite du vendeur ou du transporteur susceptible d'être constitutive de faute (par exemple, la non-fourniture d'un renseignement adéquat ou d'une sécurité suffisante) et elle impute ensuite à cette partie une obligation primaire formulée de telle sorte que la conduite précédemment identifiée en constituera inéluctablement la violation. La chronologie habituelle des événements (obligation primaire + violation = obligation secondaire [de réparation]) est ici rompue¹¹³. Et tout ceci, afin d'atteindre à la formulation d'une obligation secondaire permettant la réalisation de certaines visées de politique juridique. Le résultat vient d'abord, le raisonnement ensuite. C'est ainsi qu'il faut distinguer les notions de responsabilité contractuelle et d'inexécution du contrat. Ici, la responsabilité, en effet, «ne naît pas du contrat, mais d'une obligation dont la fonction est purement réparatrice et imaginée pour faire peser une responsabilité éventuelle sur le [débitéur]. En outre, la responsabilité a une portée plus large, car elle est mesurée sur le dommage subi et non pas sur l'obligation»¹¹⁴. C'est la survenance de l'accident qui, seule, révèle l'inexécution de l'obligation implicite.

Traitant de l'obligation de sécurité, un auteur écrivait ainsi que «le juge, après avoir créé de toutes pièces l'obligation de sécurité, [l'impose] à une catégorie de contractants en vertu de son "imperium": de sa propre autorité, il [enrichit] étrangement et consolid[e] le plexus obligatoire»¹¹⁵. Or, il faut admettre que la rationalité mise en place par le judiciaire ne s'impose nullement au droit. En effet, on pourrait tout aussi bien arguer qu'en contractant, donc en

112. Daniel Jutras, «Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec», (1990) 31 C. de D. 821 à la p. 845, note 67.

113. Voir, sur l'imbrication des obligations primaires et secondaires, Pierre Legrand, «Éléments d'une taxinomie des obligations juridiques», (1989) 68 R. du B. can. 259. aux pp. 278-98.

114. Corinne Mascala, «Accidents de gare: le 'déraillement' de l'obligation de sécurité», D.1991.Chr.80 à la p. 82.

115. Goldschmidt, *supra*, note 78 à la p. 187.

acceptant le prix du contrat, le client s'est engagé à prendre sur lui (par exemple, par le biais d'une assurance) les risques afférents à son information ou à sa sécurité. La reconnaissance d'une obligation de renseignement ou d'une obligation de sécurité à la charge d'un vendeur ou d'un transporteur, parce qu'elle n'est pas *nécessaire* sur le plan juridique, ne peut donc s'imposer que par le recours à d'autres valeurs, extra-juridiques cette fois. Et c'est ce qui, à travers les préoccupations contemporaines relatives à la compensation des victimes d'accidents, met en lumière la nature *régressive* du raisonnement judiciaire et partant, le caractère quasi inéluctablement politique du processus adjudicatif¹¹⁶.

Dans les décisions où ils retiennent l'existence d'une obligation implicite, qu'il s'agisse, par exemple, d'une obligation de renseignement ou d'une obligation de sécurité, les tribunaux rejettent l'application de la *règle*, c'est-à-dire d'un repère facilement et mécaniquement applicable à une configuration factuelle donnée et permettant d'éliminer l'arbitraire tout en favorisant la prévisibilité. L'on songe tout particulièrement à la règle selon laquelle les contrats passent par la manifestation d'une intention commune ou d'un accord de volontés. Plutôt, les tribunaux choisissent, s'agissant de déterminer l'existence d'une obligation implicite dans le contrat, de retenir des critères flous, c'est-à-dire des *standards*¹¹⁷. Un standard s'oppose à une règle en ce que, tributaire de notions à contenu variable telles la bonne foi, l'apparence et le caractère raisonnable d'un comportement, il se fait d'application relativement idiosyncratique, empêchant par là la sur-inclusion et la sous-inclusion qu'on associe typiquement à l'énoncé de la règle. Duncan Kennedy a démontré comment, sans qu'il n'y ait de lien *nécessaire* entre l'expression de la norme contractuelle sous une forme ou sous une autre - règle ou standard - et la promotion de valeurs données¹¹⁸, le rapport entre forme et valeur existe bel et bien. Au fur et à mesure qu'un degré de concrétisation formelle plus élevé serait imprimé à la norme, celle-ci tendrait davantage à refléter les valeurs traditionnellement associées à l'individualisme. Ainsi l'adhésion à la règle privilégierait l'idéal de l'individualisme. Au contraire, opter pour le standard, ce serait favoriser l'altruisme. Il n'y a pas lieu de prendre ici position sur le mérite de la thèse de Kennedy dans son détail. Mais il reste que l'auteur paraît bien

116. Voir, généralement, Paul Dubouchet, *Sémiotique juridique*, Paris, P.U.F., 1990 aux pp. 205-20 et spéc. 208-10.

117. Voir, par exemple, Stéphane Rials, «Les standards, notions critiques du droit», dans Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 39.

118. Cette précision est importante, car ce ne serait pas faire justice à l'auteur que de lui prêter une position davantage dogmatique. Voir, pour l'article fondamental de Kennedy sur cette question, «Form and Substance in Private Law Adjudication», (1976) 89 Harv. L. Rev. 1685. Voir, en outre, pour une interprétation séduisante de la pensée de Kennedy, Andrew Altman, *Critical Legal Studies [.] A Liberal Critique*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1990 aux pp. 106-17.

refléter là la manière dont le droit a évolué, oscillant constamment entre deux points de vue de politique juridique fondamentalement opposés qu'ont reflété l'adhésion à l'une ou l'autre des formulations de prédilection de la norme juridique. Dans les décisions relatives à l'obligation contractuelle implicite, les cours, loin de retenir l'application de la règle établie - laquelle priverait les justiciables d'un remède contractuel, voire de quelque remède que ce soit, à l'encontre de leurs vendeurs, transporteurs ou autres - choisissent de faire prévaloir des notions souples. Elles insistent, par exemple, sur le caractère *tacite* des obligations contractuelles imprégnant par là à leurs décisions un altruisme diffus. Cet altruisme, faut-il le rappeler, se fait toutefois unilinéaire, allant du vendeur ou transporteur - c'est-à-dire du professionnel - vers le cocontractant.

Le raisonnement judiciaire qu'illustrent les décisions en matière d'obligation implicite rend bien compte de ce que le juge n'est pas en mesure de dissocier sa réflexion juridique de choix politiques. Celles-ci nous démontrent qu'il n'est pas de raisonnement judiciaire qui soit objectif et impartial - c'est-à-dire cliniquement «juridique» - et qui permette à l'observateur de prédire, avec une rigueur toute mathématique, le jugement éventuel dans une affaire donnée. Plutôt, l'adoption d'un certain mode de raisonnement - ainsi l'application délibérée d'une règle ou d'un standard comme critère décisionnel - implique, *du coup et par-là même*, l'expression de choix politiques. La décision qui est rendue n'est, dès lors, ni plus ni moins que l'appui donné par la cour à celle des parties ayant su présenter le meilleur argument *politique*. Ainsi le raisonnement judiciaire serait fondamentalement indéterminé; c'est ce qui paraît transparaître de façon saisissante de la jurisprudence à l'étude.

Dès lors, le contrat n'est plus la seule affaire des parties, ne participe plus exclusivement du domaine privé¹¹⁹. Il devient un objet auquel s'intéresse activement l'État, notamment par le biais de ses juges, et dans lequel l'État - ici encore, par l'entremise du judiciaire - injecte sa vision politique. Celle-ci n'en est pas moins, bien sûr, formulée dans le langage juridique qui convient, afin que la décision judiciaire qui en est imprégnée se ménage sans difficulté l'adhésion de la «communauté interprétative» à laquelle elle s'adresse¹²⁰. Pour paraphraser ce que disait Bredin de la fonction de l'avocat, le rôle du juge «n'est pas d'établir une vérité certaine, une vérité démontrée, une vérité irréfutable. Il n'est que d'obtenir l'adhésion momentanée [de la communauté juridique], [par

119. Voir, généralement, sur les manifestations du phénomène au Québec, Pierre Ciotola, «L'intervention de l'État dans le droit des contrats: vers une publicisation du droit des contrats?», (1986) 20 R.J.T. 169.

120. Voir, sur la notion de «communauté interprétative», Stanley Fish, *Is There a Text in this Class? [...] The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980; *id.*, *Doing What Comes Naturally*, Durham, N.C., Duke University Press, 1989 aux pp. 141-60 et 294-311.

le biais d'un] jugement qui énonce une vérité judiciaire suffisante à la satisfaction [de cette communauté], au moins [en sa qualité de communauté juridique]»¹²¹. Si cette manifestation de la publicisation du contrat ressort nettement d'une lecture des décisions relatives à l'obligation implicite, l'on ne saurait, non plus, passer sous silence cet autre volet de l'intervention étatique auquel renvoie la jurisprudence en toile de fond, soit la recrudescence d'interventions législatives et réglementaires, notamment en matière de sécurité.

Ainsi le droit du contrat - et les notions-clés à travers lesquels il se manifeste, telle l'«intention» - n'aurait pas de signification déterminée. Il serait plutôt question de coquilles vides à l'intérieur desquelles le juge insérerait la signification qui lui convient¹²². En d'autres mots, la jurisprudence qui nous retient illustre combien l'on aurait tort de percevoir le droit du contrat comme ayant une existence autonome de la perception des individus appelés à le façonner. Il faut y insister: lorsqu'on renvoie aux valeurs sous-jacentes aux décisions judiciaires (ou, plutôt, aux valeurs que celles-ci *impliquent*), l'on n'a pas pénétré le domaine du non-droit. L'on reste, au contraire, fermement ancré dans la sphère du droit. Car ces valeurs sont intrinsèques à l'adjudication elle-même; elles sont le droit en action, le droit qui se fait. Avec Miaille, il faut dire qu'«une analyse *concrète* de la situation actuelle doit permettre d'affirmer que la jurisprudence est véritablement source de droit»¹²³. Telle analyse rend compte, en effet, de ce que les tribunaux ont véritablement entendu *faire le droit* chaque fois qu'ils ont posé la responsabilité contractuelle du professionnel envers le cocontractant pour violation de son obligation implicite de renseignement adéquat ou de fourniture de sécurité suffisante.

Au terme de notre examen de l'article 1024 du Code civil, il y a lieu d'interroger la formulation de cette disposition qui qualifie de contractuelles des obligations qui se démarquent foncièrement de la commune intention des parties. Traitant de l'obligation de sécurité, un auteur nous rappelle comme «c'est un fait remarquable en soi que la place et l'extension prises, dans le domaine de la responsabilité, par une obligation créée en marge, et de la loi, et de la volonté

121. Jean-Denis Bredin, «La logique judiciaire et l'avocat», dans *La logique judiciaire*, Paris, P.U.F., 1969, 93 à la p. 94.

122. Voir Clare Dalton, «An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine», (1985) 94 Yale L.J. 997 à la p. 1002, où l'auteur parle de «empty vessels».

123. Michel Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976 à la p. 246. Voir, en ce sens, Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil*, t. I: *Introduction générale*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1990, no 431, p. 389: «la jurisprudence des Cours souveraines, et spécialement de la Cour de cassation, est *source de droit*» [les italiques sont des auteurs]. Voir, généralement, *id.*, nos 421-84, pp. 379-433. Cf., par exemple, les réticences d'une certaine doctrine récente: Boris Starck, *Introduction au droit*, 3e éd. par Henri Roland et Laurent Boyer, Paris, Litec, 1991, nos 827-41, pp. 342-48.

même des cocontractants»¹²⁴. Et Durkheim avait bien vu que «tout n'est pas contractuel dans le contrat»¹²⁵. Est-ce à dire qu'il faut conclure que les clauses qui sont ajoutées à l'accord par le juge, et au sujet desquelles les parties ne s'entendent pas, ne pourraient acquérir le statut d'obligations contractuelles? Il faut y insister: cette question ne se pose que sur le plan normatif car, en droit positif, l'article 1024 nous enseigne que ces obligations *sont* contractuelles et que la responsabilité qui découle de leur violation *est* contractuelle¹²⁶. Mais dans cette perspective normative, il faut bien admettre que ces clauses ne sont pas contractuelles en ce sens qu'elles ne sont pas le fait des seules parties. C'est soutenir une fiction que de prétendre le contraire. Dès lors, Morin a raison d'écrire que «[n]e sont donc pas contractuelles les obligations qui sont imposées par la loi ou les tribunaux»¹²⁷. Pourtant, ces obligations ne relèvent pas non plus exclusivement du domaine du non-contrat¹²⁸. En effet, toutes «étatiques» soient-elles, elles ne verraient pas le jour si elles n'étaient au préalable coulées dans un moule contractuel. Mais n'est-ce pas là l'opposition entre la substance (le caractère légal - au sens d'«étatique» - de l'obligation) et la forme (le contenant contractuel dans lequel elle est placée)? Honorat a proposé de résoudre le dilemme en qualifiant ces obligations de «quasi-contractuelles». Selon l'auteur, grâce à cette notion, un grand nombre de «règles novatrices, mais apparemment hétérodoxes, pourraient être réintégrées dans les perspectives du Code civil»¹²⁹. Cette solution ne mérite pas d'emporter l'assentiment. En effet, le rapport obligatoire eu égard à l'obligation implicite naît en l'absence de toute manifestation d'intention que ce soit par le professionnel. Or, l'appellation «quasi-contrat» suggère plutôt un contrat qui serait boiteux. Planiol a eu raison d'écrire que «l'expression quasi-contrat est tout à fait fautive»; il ajoutait qu'«il n'y en a peut-être pas, dans le droit tout entier, une seconde qui puisse rivaliser avec elle en impropriété»¹³⁰. Le professionnel n'a pas presque conclu une obligation contractuelle. Les obligations qui lui sont imposées sont franchement non contractuelles. Il faudrait donc, par défaut et bien que la désignation n'en soit pas parfaite, conclure à leur caractère légal; la substance doit primer la forme. C'est en ce sens que Viney a pu affirmer qu'il convenait de revenir à une

124. Goldschmidt, *supra*, note 78 à la p. 183.

125. Durkheim, *supra*, note 81 à la p. 189.

126. Voir René Demogue, «De l'obligation du vendeur à raison des inconvénients de la chose et de la responsabilité délictuelle entre contractants», (1923) 22 Rev. trim. dr. civ. 645 à la p. 657.

127. Morin, *supra*, note 84 à la p. 23.

128. Voir, sur la désignation de «non-contrat», Legrand, *supra*, note 113 à la p. 276.

129. Voir Jean Honorat, «Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel», (1969) 67 Rev. trim. dr. civ. 653 à la p. 691.

130. Marcel Planiol, «Classification des sources des obligations», (1904) 33 Rev. crit. lég. jur. 224 à la p. 229. Voir, généralement, pour une critique du «quasi-contrat», *id.* aux pp. 227-29.

notion mieux ressentie, finalement plus «honnête» de la notion d'«obligation contractuelle». Ainsi cet auteur écrit:

Il serait donc à notre avis souhaitable d'expulser du champ contractuel ces prétendues «obligations» qui ne doivent en réalité absolument rien au contrat, ce qui permettrait d'appliquer sans discussion les principes de la responsabilité délictuelle. En d'autres termes, nous souhaitons que soit réellement mise en oeuvre l'idée qu'une obligation ne peut être qualifiée «contractuelle» que si elle a été créée ou aménagée par le contrat¹³¹.

Mais reste-t-il alors un contrat ou l'intervention du judiciaire qui ajoute une obligation implicite à l'accord des parties a-t-elle carrément supplanté celui-ci en s'y substituant ni plus ni moins? Morin paraît verser dans l'excès lorsqu'il dit que «les actes juridiques qui contiennent de telles obligations ne sont pas des contrats au sens du droit romain et du Code civil»¹³². Il semble que l'on puisse légitimement parler, à tout le moins, d'un contrat *révisé* sans que la formule ne paraisse indûment antinomique.

Les décisions rendues en matière d'obligations implicites interrogent ainsi le rôle traditionnellement dévolu à la classification des obligations selon leur source en tant que *summa divisio*¹³³. Elles illustrent, en effet, une atténuation de la dichotomie entre le contrat, d'une part, et les autres sources de droits subjectifs, d'autre part. Dans le contrat - et soumise au même régime contractuel de responsabilité civile - l'on retrouve maintenant une obligation dont l'origine est «méta-contractuelle»¹³⁴, c'est-à-dire prétorienne. Le contenu du contrat est dicté ou prescrit par le juge qui «découvre, institue à la charge des parties ou de l'une d'elles des obligations jusque-là insoupçonnées et qui lui paraissent découler de plein droit, tout naturellement, de tel ou tel contrat dont la productivité se trouve ainsi accrue sans que ni le législateur, ni les parties aient eu à intervenir»¹³⁵.

CONCLUSION

En autorisant le contrat comme source de droits subjectifs, l'État a délégué aux justiciables une part de sa souveraineté, ce qui leur permet de

131. Viney, *supra*, note 85, no 239, p. 286.

132. Morin, *supra*, note 84 à la p. 23.

133. Voir, pour une critique de la classification des obligations selon leur source comme *summa divisio*, Legrand, *supra*, note 113 aux pp. 260-78.

134. Josserand traite, quant à lui, d'«obligations jurisprudentielles»: Louis Josserand, «L'essor moderne du concept contractuel» dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Paris, Sirey, 1977, 333 à la p. 340 [les italiques sont de l'auteur].

135. *Id.* à la p. 339.

systématiquement participer au processus de création du droit. Il y a abdication par l'État de son monopole dans la création du droit. Cette décentralisation du processus de création du droit implique que l'ordre juridique n'est pas nécessairement imposé de haut en bas (de l'État au justiciable) mais l'est aussi de bas en haut (du justiciable à l'État)¹³⁶. Il est toutefois des situations où l'État, par le biais de ses juges, conclut que le mécanisme contractuel constitue une menace pour l'harmonie du système juridique. Il y a alors intervention étatique pour rapatrier le pouvoir de création du droit. Cette entreprise de récupération se manifeste, par exemple, par l'insertion d'une obligation implicite dans le contrat. C'est l'expression d'une autre rationalité, de la normativité du non-dit. Il y a modification de l'ordonnement aménagé par les parties. L'on peut ainsi apercevoir à travers cet interventionnisme judiciaire la résolution d'un tiraillement entre deux pouvoirs s'exerçant sur le contrat, celui de l'État et celui des cocontractants.

L'entreprise judiciaire participe alors de la justice distributive. Lorsque l'intervention du juge vise à corriger une situation qui a surgi, par exemple à la suite d'un accident, et à replacer les parties dans la position qui était la leur avant que cette situation ne se concrétise, il n'est question que de justice corrective. Mais, dans les décisions qui nous retiennent, ce n'est pas ce qui se produit, car les jugements n'ont précisément pas pour effet de replacer les parties dans la situation qui était la leur avant que n'intervienne la violation du contrat. Au contraire, le juge crée, par la «découverte» d'une obligation implicite, une situation qui n'a jamais existé antérieurement. Par exemple, le passager voit s'ajouter à son patrimoine une obligation de sécurité dont il devient créancier; le transporteur devient, quant à lui, tributaire d'une obligation de sécurité. Dans la mesure où le bilan des créances et des dettes est ainsi modifié, il faut bien constater le caractère «distributif» de la décision judiciaire. Le passager est plus riche d'une créance qu'il n'a pas payée. Le transporteur est plus pauvre d'une dette qu'il n'a pas souscrite¹³⁷. Sur le plan de la théorie juridique, il ne fait pas de doute que l'État est en mesure d'opérer une redistribution des richesses à l'échelle sociale. Reste à savoir s'il est approprié d'effectuer telle redistribution par le biais du juge dans le cadre d'une relation bi-latérale - et donc accidentelle - entre deux cocontractants. Mais il convient de résister ici à l'appel de la digression.

136. Voir Friedrich Kessler, «Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract», (1943) 43 Col. L. Rev. 629 à la p. 641.

137. Certes, l'obligation de sécurité vise à protéger l'intégrité de la personne humaine, droit traditionnellement considéré comme étant de caractère non patrimonial. Mais il ne faut pas se fermer les yeux: la violation de l'obligation de sécurité se convertit, pour la victime, en droit de réclamation d'une indemnité pécuniaire. Voir, en ce sens, Goldschmidt, *supra*, note 78 aux pp. 191-97.

La thèse de l'obligation implicite comme lecture de la volonté tacite des parties a un petit côté pomme d'api qui fait sourire. L'ennui, c'est que cette version des faits masque une réalité absolument cruciale par ses fondements comme par ses implications, soit l'infléchissement du contrat par le juge. Dans son étude du phénomène de l'obligation implicite, la doctrine québécoise, il faut bien l'avouer, a traditionnellement fait la part trop belle aux apparences. Ces vues plongeantes qui sont celles du juge ne sauraient être, si elles relevaient vraiment d'un effort d'identification de l'intention des parties, que des divinations éminemment discutables. Par accumulation de décisions, à petits traits, s'est constitué un mythe, une rhétorique: le juge trouve l'obligation implicite dans le silence du contrat. Plutôt, il faut voir que le juge trouve l'obligation implicite dans *son* entendement des impératifs socio-juridiques, exercice que lui autorise le silence du contrat.

Il n'est pas besoin d'endosser tout Barthes pour apprécier l'acuité de la distinction entre «dénotation» et «connotation» et la pertinence de celle-ci dans le contexte de notre discussion de l'obligation implicite. Lorsque le juge parle d'«obligation de sécurité», par exemple, il semble, sur le plan de la dénotation, constater la commune intention des parties. Mais puisqu'il n'y a pas de commune intention des parties, il faut lire la phrase du juge sur le plan de la connotation et comprendre que «le contrat est injuste». Ainsi, comme le souligne Barthes, la connotation apparaît-elle comme un parasite de la dénotation. Dans sa décision sanctionnant une obligation de sécurité, le juge dénote le passé et connote le futur, c'est-à-dire qu'il dénote l'obligation primaire mais connote l'obligation secondaire¹³⁸.

Vu le fourmillement de décisions relatives à l'obligation implicite, il est devenu très difficile de distinguer, autour d'un critère donné, les contrats qui comportent une telle obligation de ceux qui n'en comprennent pas¹³⁹. L'ampleur de cette casuistique conduit d'ailleurs Viney à parler d'«une excroissance assez injustifiée de la responsabilité contractuelle»¹⁴⁰. Pour Carbonnier, l'obligation de sécurité, par exemple, ne représente rien de moins que «la négation de la liberté individuelle *dans les lieux publics*»¹⁴¹. Or, il est intéressant de constater que le droit français paraît aujourd'hui vouloir opérer un rétrécissement du domaine de l'obligation contractuelle de sécurité, donc de la sphère de la responsabilité contractuelle entre contractants. C'est ce dont témoignent deux décisions récentes de la Cour de cassation, l'une du 7 mars 1989¹⁴² et l'autre du

138. Voir, généralement, Roland Barthes, *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957 aux pp. 193-247.

139. Voir Viney, *supra*, note 85, no 501, pp. 604-05.

140. *Id.*, no 501, p. 606.

141. Carbonnier, *supra*, note 1, no 295, p. 517 [les italiques sont de l'auteur].

142. Civ. 1^{ère}, 7 mars 1989, D.1991.1, n. Philippe Malaurie, et obs. Patrice Jourdain, (1989) 88 Rev. trim. dr. civ. 548.

10 janvier 1990¹⁴³. Sans doute rebutée par l'audace dont a fait preuve la jurisprudence française en la matière, une certaine doctrine s'est, de même, élevée contre le prétendu caractère contractuel d'obligations de sécurité qui n'ont rien à voir avec le contrat¹⁴⁴.

Ainsi Carbonnier propose un rétrécissement du champ de la responsabilité contractuelle particulièrement marqué:

ce que l'on appelle responsabilité contractuelle devrait être conçu comme quelque chose de très limité: l'obligation de procurer au créancier l'équivalent de l'intérêt (pécuniaire) qu'il attendait du contrat; c'est artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes; les tragédies sont de la compétence des a. [1053] s.¹⁴⁵.

L'on voit mal comment Carbonnier en arrive à avancer cette suggestion. Il semble que l'on puisse fort bien, en effet, concevoir des obligations contractuelles dont la violation entraîne un préjudice corporel. Pourquoi, dès lors, tel préjudice ne devrait-il pas impliquer l'imputation d'une responsabilité contractuelle à celui des cocontractants qui en est l'auteur? Aussi cette réforme paraît-elle excessive¹⁴⁶.

Jourdain, pour sa part, suggère que dans tous les cas où l'obligation de sécurité est «totalement étrangère à l'objet du contrat et à la volonté même implicite des parties»¹⁴⁷, la qualification de la responsabilité devrait être non contractuelle¹⁴⁸. Il en irait ainsi, par exemple, des chutes dans les locaux d'un établissement ouvert à la clientèle. Cet auteur énonce comme suit sa position:

l'on peut hésiter à multiplier ainsi les obligations implicites de sécurité hors les cas où il existe un lien suffisamment étroit entre la prestation objet du contrat et les risques de dommages auxquels, dans l'exécution, le créancier se trouve exposé. C'est en effet l'existence de risques de dommages corporels nés de l'exécution de la prestation contractuelle qui nous semble être le critère de l'obligation de sécurité. Cela ne concerne guère que les contrats dont l'exécution est de nature à porter atteinte à la sécurité du créancier, comme lorsque celui-ci se trouve

143. Civ. 2e, 10 janvier 1990, obs. Patrice Jourdain, (1990) 89 Rev. trim. dr. civ. 481.

144. Voir, déjà, Viney, *supra*, au texte accompagnant la note 131.

145. Carbonnier, *supra*, note 1, no 295, p. 517.

146. Voir, en ce sens, Philippe le Tourneau, *La responsabilité civile*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1982, no 1325, p. 422.

147. Voir Jourdain, *supra*, note 143 à la p. 483.

148. Voir, en ce sens, Alex Weill et François Terré, *Droit civil [.] Les obligations*, 4e éd. Paris, Dalloz, 1986, no 400, p. 407; Viney, *supra*, note 85, no 501, pp. 605-06 et no 554, pp. 661-64; Mascala, *supra*, note 114, *passim*. *Contra*: Jérôme Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle* (thèse, Paris), 1978, no 379, p. 349.

obligé de confier sa personne au débiteur sans pouvoir assurer par lui-même sa propre sécurité¹⁴⁹.

En d'autres termes, écrit encore Jourdain, il faut se demander si la victime se trouve dans une «situation originale née de l'exécution du contrat»¹⁵⁰. Il s'agirait, enfin, de s'inspirer de l'obligation de renseignement laquelle, pré-contractuelle ou contractuelle, se trouve d'ores et déjà limitée à l'objet du contrat, notion que l'on peut certes définir plus ou moins libéralement mais qui doit, en tout état de cause, en marquer les limites¹⁵¹. Alors qu'une obligation de renseignement participe naturellement de la vente de biens mobiliers, par exemple, on voit mal que cette même transaction - d'abord relative au transfert de propriété, à la délivrance, au vice caché de la *chose*, etc. - fonde une obligation de sécurité à l'endroit de la *personne*. Carbonnier écrit d'ailleurs que «l'objet de la vente, c'est la chose et le prix, non la personne de l'acheteur»¹⁵². Il y a là, toutefois, un autre débat.

149. Jourdain, *supra*, note 143 à la p. 484.

150. *Ibid.*

151. Voir Pierre Legrand, «Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared», (1986) 6 Oxford J. Leg. Stud. 322 aux pp. 338-39.

152. Carbonnier, *supra*, note 1, no 295, p. 518.