

Les Cahiers de droit



La responsabilité civile de la puissance publique: du clair obscur au nébuleux

Partice Garant

Volume 32, Number 3, 1991

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043100ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043100ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Garant, P. (1991). La responsabilité civile de la puissance publique: du clair obscur au nébuleux. *Les Cahiers de droit*, 32(3), 745–761.

<https://doi.org/10.7202/043100ar>

Article abstract

How can the system of liability for fault be conciliated with government power considering the extent of discretionary powers conferred on government officials for the performance of their public service duties ? For the past ten years, the courts have been seeking to set this system on sound foundations by contrasting the definition of policy (planning) and the implementation of such policy (operations).

After a good start in 1980, from the *Kamloops* to the *Just* decisions the Supreme Court has only been successful in confusing the issue. Yet in 1990, the House of Lords — which has inspired this case-law trend by its renown *Anns* (1978) decision — did an about-face ; will the *Murphy* decision handed down by the eminent magistrates have a ripple-down effect on this former colony whose umbilical cord is if not so tenacious ? Might our legal biculturalism offer a way out of this deadend ?

La responsabilité civile de la puissance publique : du clair obscur au nébuleux

Patrice GARANT*

Comment concilier le régime de responsabilité pour faute applicable à la puissance publique avec l'ampleur des pouvoirs discrétionnaires conférés aux autorités publiques pour la réalisation de leur mission de service public. Depuis dix ans, la jurisprudence cherche à asseoir ce régime sur des bases solides, en distinguant le niveau de la définition des politiques (niveau planification ou planning) du niveau de la mise en œuvre de ces politiques (niveau opérationnel).

Après un bon départ en 1980, la Cour suprême n'a réussi qu'à embrouiller la situation des arrêts Kamloops à Just. Mais voilà qu'en 1990 la Chambre des lords, qui avait inspiré cette jurisprudence par son célèbre arrêt Anns (1978), fait marche arrière ; l'arrêt Murphy prononcé par ces éminents magistrats aura-t-il des retombées dans l'ancienne colonie au cordon ombilical souvent si tenace ? Le biculturalisme juridique qui caractérise notre situation permet-il de sortir de l'impasse ?

How can the system of liability for fault be conciliated with government power considering the extent of discretionary powers conferred on government officials for the performance of their public service duties ? For the past ten years, the courts have been seeking to set this system on sound foundations by contrasting the definition of policy (planning) and the implementation of such policy (operations).

After a good start in 1980, from the Kamloops to the Just decisions the Supreme Court has only been successful in confusing the issue. Yet in 1990, the House of Lords—which has inspired this case-law trend by its re-

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

nown Anns (1978) decision — did an about-face ; will the Murphy decision handed down by the eminent magistrates have a ripple-down effect on this former colony whose umbilical cord is often so tenacious ? Might our legal biculturalism offer a way out of this deadend ?

	<i>Pages</i>
1. Du clair au clair obscur : de l'arrêt <i>Barratt</i> à l'arrêt <i>Kamloops</i>	749
2. Du clair obscur au nébuleux : l'arrêt <i>Just</i>	754
3. L'éclair qui déchire les nuages : l'arrêt <i>Murphy</i>	756
Conclusion	758

La décennie 1980-1990 a été fertile en développements importants de la responsabilité de la puissance publique. La Cour suprême a rendu une dizaine d'arrêts majeurs venant préciser des principes et des règles d'une grande importance¹. La jurisprudence a redéfini les fondements de la responsabilité civile de l'administration dans l'arrêt *Lapierre*², dans lequel une fillette de cinq ans avait été victime d'une encéphalite virale entraînant une incapacité permanente quasi totale. Par la suite, le père de la fillette, l'appelant, avait intenté une action en dommages-intérêts contre le gouvernement du Québec, qui avait organisé le programme de vaccination quasi obligatoire. Malgré les circonstances exceptionnelles et le désir exprimé par certains juges d'indemniser Nathalie Lapierre, la Cour suprême a refusé de tenir l'État responsable des conséquences d'une vaccination en l'absence de faute. Elle a rejeté le recours à l'article 1057 du *Code civil du Bas-Canada* et à la théorie de l'état de nécessité et elle a refusé de dégager un principe d'application générale selon lequel les dommages soufferts ou les frais encourus par un seul citoyen pour le bien de la collectivité doivent être supportés par celle-ci. À moins de dérogation expresse par le légis-

1. Au plan législatif, l'événement majeur a été l'adoption par le Parlement en 1990 de modifications à la *Loi sur la responsabilité de l'État* et à la *Loi sur la Cour fédérale*, L.C. 1990 c. 8. Au plan pré législatif, mentionnons également le dépôt d'un important rapport ontarien intitulé : *The Liability of the Crown*, Ontario Law Reform Commission, 1990, 137 pages.

2. *Lapierre c. P. G. (Québec)*, (1985) 1 R.C.S. 241.

lateur, le régime de base de la responsabilité civile de la puissance publique demeure celui de la faute³.

La jurisprudence a également précisé les immunités dont bénéficie l'administration dans l'exercice des fonctions judiciaires et quasi judiciaires. Ainsi, dans l'arrêt *Morier c. Rivard*⁴, la Commission de police avait blâmé la conduite d'une personne, sans l'avoir préalablement informée des faits qu'on lui reprochait et sans lui avoir permis d'être entendue à ce sujet, contrairement aux dispositions de la *Loi de police*. La Cour suprême décida que ces allégations ne donnaient pas ouverture à un recours en dommages contre les commissaires puisqu'ils sont investis de la même immunité qu'un juge de la Cour supérieure pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs fonctions. Ainsi seuls les juges des cours supérieures bénéficient d'une immunité absolue⁵, mais le législateur peut conférer aux membres des tribunaux inférieurs la même immunité, qui autrement ne serait qu'une immunité relative.

Cette immunité relative applicable notamment à l'exercice de fonctions quasi judiciaires a été précisée par la Cour suprême en 1989 dans l'arrêt *Nelles c. Ontario*⁶.

Dans cette affaire, une infirmière, accusée de meurtre en rapport avec la mort mystérieuse de quatre enfants en bas âge dans un hôpital, avait été acquittée à l'issue d'une enquête préliminaire. Elle avait alors intenté une action pour poursuites abusives contre la Couronne ontarienne, le procureur général de l'Ontario ainsi que plusieurs policiers, alléguant que les procureurs de la Couronne avait agi avec malveillance. La Cour suprême décida que le procureur général et les procureurs de la Couronne ne jouissaient pas d'une immunité absolue relativement aux actions pour poursuites abusives, bien qu'ils exerçaient alors une fonction de type quasi judiciaire. Il ne serait pas dans l'intérêt public de leur conférer une immunité absolue⁷.

La jurisprudence a par ailleurs réussi à définir un régime de responsabilité pour faute applicable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire sui-

3. J.-L. BAUDOUIN, « Chronique de droit civil québécois : les obligations légales : *Lapierre c. Procureur général de la province de Québec* », (1986) 8 *Supl. Ct.L. R.* 231 ; P. HAANAPPEL, « L'étendue des obligations découlant de la loi seule : commentaires sur l'affaire « Lapierre », (1986) 20 *R.J.T.* 321. Voir aussi P. GARANT, « Les sources du droit de la responsabilité de la puissance publique », (1986) 46 *R. du B.* 260.

4. *Morier c. Rivard*, (1985) 2 *R.C.S.* 716.

5. G. PÉPIN, « L'immunité absolue des juges des cours supérieures et des commissaires-enquêteurs, en matière de responsabilité civile », (1986) 46 *R. du B.* 149.

6. *Nelles c. Ontario*, (1989) 2 *R.C.S.* 170.

7. J.M. LAW, « A tale of two immunities: Judicial and Prosecutorial Immunities in Canada », (1990) 28 *Alta L. R.* 468.

vant qu'il s'agit du niveau de la définition des politiques ou du niveau de la mise en œuvre de ces politiques, c'est-à-dire le niveau opérationnel. Il s'agit notamment des arrêts *Barratt* de 1980, *Kamloops* de 1984 et *Just* de 1989. Cette jurisprudence se situe dans la lignée d'un courant britannique dont l'arrêt principal est celui de la Chambre des lords dans *Anns c. Merton London Borough Council* de 1970⁸.

En territoire québécois, le régime de base de la responsabilité civile de la puissance publique à tous les niveaux est celui de la faute, tel que défini aux articles 1053 et suivants du *Code civil*. Ce régime de base existe en vertu d'un principe de droit public consacré par la Cour suprême dans l'arrêt *Laurentide Motels c. Beauport (Ville de)* en 1989⁹; ce principe est d'ailleurs déjà inscrit à l'article 356 du *Code civil* pour l'ensemble des corporations publiques au Québec et à l'article 94 du *Code de procédure civile* pour le gouvernement. Le régime de responsabilité pour faute est le régime de droit commun, comme l'avait aussi rappelé la Cour suprême dans l'arrêt *Lapierre c. P.G. du Québec* en 1985¹⁰.

Cependant ce régime doit être conjugué avec des règles relatives aux immunités rattachées à l'exercice de certains pouvoirs ou de certaines fonctions propres à la puissance publique. En 1989, le juge Cory le rappelle dans l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*¹¹: l'immunité gouvernementale en matière de responsabilité délictuelle était devenue intolérable, de sorte que des lois ont été adoptées pour imposer de façon générale à la Couronne « la responsabilité de son action comme si elle était une personne » ordinaire...

Cependant la Couronne n'est pas une personne [ordinaire] et elle doit pouvoir être libre de gouverner et de prendre de véritables décisions de politique sans encourir pour autant une responsabilité délictuelle¹².

Rappelons qu'en ce qui concerne les fonctions judiciaires et quasi judiciaires exercées par des autorités publiques, la jurisprudence a prévu depuis déjà longtemps une immunité tantôt absolue¹³ tantôt relative¹⁴; pour ce qui est de la fonction législative ou réglementaire elle a également prévu une immunité relative¹⁵. Or, il restait une autre catégorie de pouvoirs soulevant une difficulté particulière: les pouvoirs administratifs à caractère largement discrétionnaire. En 1973, la Cour suprême avait refusé

8. *Anns c. Merton London Borough Council*, (1978) A.C. 728.

9. *Laurentide Motels c. Beauport (Ville de)*, (1989) 1 R.C.S. 705.

10. *Lapierre c. P.G. (Québec)*, *supra*, note 2.

11. *Just c. Colombie-Britannique*, (1989) 2 R.C.S. 1228.

12. *Id.*, p. 1239.

13. *Morier c. Rivard*, *supra*, note 4.

14. *Nelles c. Ontario*, *supra*, note 6; *Harris c. Law Society of Alberta*, (1935) R.C.S. 88.

15. *Welbridge Holdings c. Greater Winnipeg*, (1971) R.C.S. 957.

d'appliquer le régime de la responsabilité pour faute simple dans ces circonstances.

Un énoncé de politique fait de bonne foi par un ministre de la Couronne relativement à l'intention d'adopter une législation du genre ne peut, à mon avis, donner lieu à une réclamation délictuelle pour incitation à rupture de contrat [...] ¹⁶.

À partir de 1980, s'est édifiée une jurisprudence sur cette question des conséquences délictuelles possibles de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en distinguant le niveau de la définition des politiques (niveau planification ou planning) du niveau de la mise en œuvre de ces politiques (niveau opérationnel). Après dix ans de jurisprudence, il faut cependant admettre avec le juge Cory dans l'arrêt *Just* qu'« il est difficile d'établir la ligne de démarcation entre le politique et l'opérationnel, mais il est essentiel de le faire » ¹⁷.

Mais voilà qu'en juillet 1990, tel un coup de théâtre, la Chambre des lords dans l'arrêt *Murphy v. Brentwood District Council* ¹⁸ répudie l'arrêt *Anns* comme ayant été une erreur judiciaire ¹⁹.

Nous allons brièvement décrire l'évolution de la jurisprudence canadienne à partir de 1980 pour nous pencher sur les conséquences possibles du revirement spectaculaire de la Chambre de lords.

1. Du clair au clair obscur : de l'arrêt *Barratt* à l'arrêt *Kamloops*

L'arrêt *Kamloops* ²⁰ est considéré comme ayant introduit définitivement au Canada, au niveau local du moins, la règle édictée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council* ²¹. Toutefois il doit être lu concurremment avec l'arrêt *Barratt c. District of North Vancouver* de 1980 ²².

Dans *Barratt*, la municipalité de Vancouver-Nord avait le pouvoir, en vertu de l'article 513 de la loi municipale, de construire, d'entretenir et d'améliorer les rues ; cependant la loi ne précisait pas d'obligation d'entretenir ces rues. La ville avait adopté un système d'inspection suivant lequel un inspecteur devait circuler sur toutes les routes toutes les deux semaines. Or un accident se produisit lorsque la bicyclette du demandeur heurta un nid-de-poule dans l'une des rues, qui pourtant avait été inspectée la semaine précédente. Le demandeur alléguait que le système d'inspection

16. *Roman Corp. c. Hudson's Bay Oil and Gas Co.*, (1973) R.C.S. 820, p. 821.

17. *Just c. Colombie-Britannique*, *supra*, note 11, p. 1239.

18. *Murphy v. Brentwood District Council*, (1990) 2 All E.R. 908.

19. *Id.*, p. 912 « [...] was wrongly decided [...] ».

20. *Kamloops (Ville de) c. Neilsen*, (1984) 2 R.C.S. 2.

21. *Anns c. Merton London Borough Council*, *supra*, note 8 (Lord Wilberforce).

22. *Barratt c. District of North Vancouver*, (1980) R.C.S. 418.

était insuffisant, mais non que l'inspection avait été faite de manière incorrecte ou négligente. La Cour suprême conclut que le programme d'inspection était une question de politique ou de planification qui ne pouvait servir de fondement à une allégation de faute ou de négligence.

La méthode qu'elle [la municipalité] a choisie pour exercer ce pouvoir est une question de politique qu'il lui appartient de déterminer. Si dans l'application de sa politique ses employés avaient agi de façon négligente, causant des dommages, sa responsabilité aurait pu être engagée, mais on ne peut juger que la Municipalité a été négligente parce qu'elle a élaboré une politique d'entretien plutôt qu'une autre²³.

L'affaire *Kamloops*²⁴ est plus complexe. La ville de Kamloops avait adopté par règlement une politique de construction et elle avait prévu un régime d'inspection avec délégation de pouvoirs à l'inspecteur municipal d'approuver les plans, d'émettre les ordonnances d'arrêt de travaux ainsi qu'un permis d'occupation suivant les circonstances. Un nommé Neilsen présente un projet de construction d'une maison d'habitation qui est approuvé à la condition que l'empiètement s'enfonce jusqu'à un appui solide. Le constructeur ne se conforme pas à cette exigence et il installe plutôt la fondation sur piliers dans du remblai non tassé. L'inspecteur procède à trois visites d'inspections et ordonne l'arrêt des travaux ; l'ordonnance d'arrêt ne devait être levée que lorsqu'on soumettrait de nouveaux plans démontrant la correction du bas de la structure. Le constructeur passe outre et poursuit selon les plans originaux. Deux inspecteurs se rendent de nouveau sur les lieux et l'ordonnance d'arrêt des travaux est maintenue en vigueur. La maison est achevée puis vendue à un acquéreur qui, se rendant compte du vice, poursuit et le constructeur et la municipalité.

La Cour suprême commence par se demander si la municipalité avait, dans les circonstances, une obligation de diligence. Se référant à l'arrêt *Anns* de la Chambre des lords, la juge Wilson estime que la ville avait exercé son pouvoir de réglementation : il s'agit d'une « décision de politique ». En plus, elle a imposé à l'inspecteur municipal le devoir de veiller à l'application des dispositions de ce règlement : elle se situe dès lors au niveau de l'exécution. Elle doit veiller, en s'acquittant de son obligation d'exécution, à ne pas causer de dommages à un administré, comme le demandeur, dont les relations avec elle sont suffisamment étroites pour qu'elle ait dû raisonnablement prévoir qu'il pouvait devenir une victime. Il s'agit ici de la notion de lien de proximité, que l'on retrouve en common law, correspondant un peu à l'idée civiliste d'agir en bon père de famille à

23. *Id.*, p. 428.

24. *Kamloops (Ville de) c. Neilsen*, *supra*, note 20.

l'égard de personnes susceptibles de subir les conséquences préjudiciables de ses comportements fautifs.

La ville a le devoir d'examiner soigneusement les travaux du constructeur et de veiller à ce que ce dernier remédie aux vices de construction non conformes aux plans et au permis. Finalement, suivant la juge Wilson :

La négligence de la ville dans ce cas a été de manquer à son obligation de protéger le demandeur contre la négligence du constructeur²⁵.

Analysant la nature du manquement reproché à la ville et à son inspecteur, la juge Wilson estime que « la question essentielle consistait à se demander quelles mesures prendre pour appliquer les dispositions du règlement dans les circonstances »²⁶. L'inspecteur avait le devoir d'appliquer le règlement, mais « il avait cependant un pouvoir discrétionnaire quant à la manière de le faire » ; se référant à lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*, la juge estime que si la distinction entre ce qui relève de la politique et ce qui relève de l'exécution est éclairante il s'agit « probablement d'une distinction de degré »²⁷. L'étendue des mesures à prendre peut comporter des considérations de politique. La ville aurait pu prendre la décision de poursuivre ou de demander une injonction. Si elle avait pris l'une ou l'autre de ces mesures, on ne pourrait rien lui reprocher. Il en serait de même si elle avait étudié la possibilité de prendre l'une ou l'autre de ces mesures et finalement décidé de ne pas le faire. Mais suivant la juge Wilson, « il ne lui était pas loisible de ne pas envisager de les prendre »²⁸.

À mon sens, la passivité non motivée où mal motivée ne peut être une décision de politique prise dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir discrétionnaire. Lorsque les autorités publiques n'ont même pas examiné la question de savoir si les mesures nécessaires devraient être prises ou du moins, si elles ne l'ont pas fait de bonne foi, il semble évident que, pour cette raison précise, elles n'ont pas fait preuve de diligence raisonnable²⁹.

La juge Wilson est consciente qu'il y a là un élargissement du domaine de l'exécution, ou plan opérationnel, qui peut soulever « une inquiétude légitime »³⁰. Car, en effet, on entre dans

le domaine difficile, décrit par lord Wilberforce, où l'aspect exécutoire subsume ce qu'on pourrait appeler des considérations de politique secondaires, c'est-à-dire des considérations de politique qui ne viennent qu'au second rang³¹.

25. *Id.*, p. 15.

26. *Id.*, p. 23.

27. *Id.*

28. *Id.*, p. 24.

29. *Id.*, p. 24-25.

30. *Id.*, p. 26.

31. *Id.*

La jurisprudence qui a suivi l'arrêt *Kamloops* est demeurée aux prises avec la question de distinguer ce qui relève de la politique de ce qui relève de l'exécution. Ainsi, dans l'arrêt *Commission Hydro-électrique du Québec c. Compagnie internationale du papier du Canada*³², l'appelante se pourvoyait contre une condamnation à payer une indemnité de plus de deux millions de dollars pour des dommages subis à la suite du bris des estacades de la C.I.P. sur la Gatineau, ce qui avait causé l'éparpillement de son bois sur les berges. L'appelante avait été trouvée responsable en première instance vu qu'elle contrôlait le débit des eaux par son barrage hydro-électrique situé en amont. Bien qu'en appel l'appelante fut exonérée pour un tout autre motif, un de ses arguments était à l'effet que la méthode de production d'électricité qu'on lui reprochait n'était pas susceptible de révision par les tribunaux. Elle soutenait qu'il s'agissait d'une décision discrétionnaire non susceptible de révision judiciaire, en s'appuyant sur les arrêts *Anns* et *Kamloops*. La Cour d'appel décide qu'en l'espèce, ce qui est en cause ce n'est pas la politique administrative en elle-même :

Hydro-Québec peut certes exercer des pouvoirs discrétionnaires et, de fait, elle prend de nombreuses décisions d'opportunité, de politique administrative. Mais, en l'instance, ce n'est pas l'une d'elles qu'on lui reproche : elle est recherchée en dommages par un tiers qui lui fait grief d'une faute de conduite à l'occasion de l'opération d'un barrage dont l'érection et l'emplacement ne sont pas discutés, ni même les caractéristiques intrinsèques. C'est pourquoi le véritable débat qui nous est soumis se résume à rechercher si Hydro-Québec peut être tenue responsable des dommages subis par C.I.P. au sens de l'article 1053 C.C.³³.

Dans une autre affaire, la Cour fédérale condamne la Couronne à des dommages en concluant que la Commission canadienne des grains avait été négligente en ne s'assurant pas que le négociant en grain auquel le demandeur avait livré du grain était convenablement couvert de cautionnements pour couvrir son passif³⁴. La Cour distingue la présente affaire des affaires *Anns*, *Welbridge Holding*, *Kamloops* et *Just* au motif qu'elle se situe au niveau de l'application d'une loi qui oblige la Commission « dans l'intérêt des producteurs de grain [...] à réglementer la manutention du grain au Canada³⁵ ».

Même si la distinction élaborée dans l'arrêt *Kamloops* entre ce qui relève de la politique et ce qui relève de l'exécution est pertinente en l'espèce, la conclusion à tirer de la preuve est que le manquement des préposés de la Commission à leurs obligations a eu lieu dans le cadre des

32. *Commission hydro-électrique du Québec c. Compagnie internationale du papier du Canada*, (1987) R.J.Q. 2362 (C.A.).

33. *Id.*, p. 2366.

34. *Devloo c. Canada*, (1990) 3 C.C.L.T. (2d) 101 (C.F.).

35. *Id.*

opérations qu'ils étaient à effectuer dans le but de mettre en œuvre les politiques de la Commission. En l'instance, il n'y a aucun indice de décisions de nature politique relativement à la distribution des ressources, et dont les autorités chargées de la distribution seraient responsables à l'égard des contribuables et électeurs locaux.

Récemment, la Cour suprême du Canada³⁶ a tenu la municipalité de Vernon responsable à 10 pour 100, suite aux dommages causés par l'effondrement d'un mur de soutènement d'arrière-cour. La majorité a distingué le présent cas de l'arrêt *Kamloops* et a étendu l'obligation de diligence de la municipalité, après que cette dernière ait pris la décision d'inspecter les plans et les travaux de construction, envers le constructeur-propriétaire même si celui-ci a omis d'aviser l'inspecteur de procéder à l'inspection des travaux. Malgré la négligence du propriétaire, l'inspecteur était en mesure d'agir avec diligence raisonnable pour veiller à ce que tous les travaux soient exécutés en conformité avec les normes applicables. Il importe cependant de souligner la dissidence du juge Cory, qui aurait exonéré la municipalité de toute responsabilité, en s'appuyant justement sur l'arrêt *Kamloops*. Selon lui, la portée de l'obligation de l'autorité publique est fonction de la loi qui la régit ; mais ici c'est le manquement subséquent des propriétaires à leur obligation qui fut la seule cause de leur perte.

Mentionnons également l'affaire *2160-6892 Québec Inc. c. Ville de Ste-Thérèse*³⁷ où l'on a appliqué les principes dégagés dans l'arrêt *Kamloops*. Suite à un jugement déclarant un règlement de zonage inopposable aux demandeurs et ordonnant de leur délivrer un permis de rénovation et d'occupation en vue de l'aménagement d'un commerce de bar-discothèque, les demandeurs réclamaient des dommages pour pertes de revenus et de profits occasionnées par le refus fautif de la corporation municipale de délivrer le permis dans un délai raisonnable. Ils lui reprochaient son obstination à refuser le permis alors qu'elle aurait dû savoir que l'amendement apporté au règlement de zonage leur était inopposable à cause de leurs droits acquis. La Cour conclut que la demande était fondée et décida que si, en vertu de l'immunité conférée selon les principes de droit public, la ville ne pouvait être trouvée responsable pour avoir, par décision politique, adopté un amendement au règlement de zonage, elle demeurerait responsable de sa faute ou de sa négligence dans l'application de ce règlement une fois adopté. Se référant à l'arrêt *Laurentide Motels* la Cour déclare ceci :

Appliquée au présent cas, cette décision du plus haut Tribunal ne signifie-t-elle pas que la municipalité défenderesse, en vertu de l'immunité conférée par les principes de droit public, ne saurait être recherchée en responsabilité pour avoir, par

36. *Rothfield c. Manolakos*, (1989) 2 R.C.S. 1259.

37. *2160-6892 Québec Inc. c. Ville de Ste-Thérèse*, (1989) R.J.Q. 1991 (C.S.).

décision politique pour le bien de la collectivité, adopté un amendement au règlement de zonage, mais qu'elle demeure néanmoins responsable de sa faute ou de sa négligence dans la mise en pratique ou dans l'application opérationnelle de ce règlement, une fois adopté ? Une réponse affirmative semble s'imposer. En d'autres mots, si la municipalité, par son conseil ou par ses officiers, commet une faute dans l'application de son règlement, elle devient responsable des dommages que cette faute peut causer à un individu, comme la partie demanderesse en la présente instance. Tel me paraît être l'effet de cette décision de la Cour suprême³⁸.

Enfin, dans un jugement récent de la Cour suprême de Colombie-Britannique³⁹, la ville de Richmond fut tenue responsable de sa négligence en approuvant un plan de fondations qui était clairement déficient et incomplet. Le directeur de l'inspection des bâtiments de la municipalité avait approuvé les plans sans aucunement vérifier s'ils étaient conformes au Code du bâtiment. La Cour appliqua les décisions *Kamloops* et *Rothfield c. Manolakos* et conclut qu'en adoptant son règlement municipal qui l'obligeait à vérifier et à approuver des plans de construction et en enchaînant les dispositions du Code du bâtiment, la municipalité avait pris une décision de politique et ne pouvait être recherchée en responsabilité à ce stade ; mais du moment où la municipalité exerçait ses pouvoirs de révision, la situation devait être qualifiée d'opérationnelle :

In these circumstances, the defendant municipality by its building inspector was in breach of its duty to the plaintiffs. The plaintiffs has a reasonable expectation in law that the defendant would not approve plans that were either clearly inadequate or which contained no information upon which their adequacy could be judged⁴⁰.

Autant paraissait simple la dichotomie proposée dans l'arrêt *Barratt*, autant paraît complexe l'approche de la juge Wilson dans *Kamloops*, ce qui amène David J. Mullan à remettre en question le caractère opérationnel de la distinction entre le politique et l'opérationnel⁴¹. Le flou de la démarcation entre les deux niveaux s'accroît dans l'arrêt *Just* qui étend expressément au niveau gouvernemental le principe de l'arrêt *Kamloops*.

2. Du clair-obscur au nébuleux : l'arrêt *Just*

Dans l'affaire *Just*, le gouvernement de la Colombie-Britannique est poursuivi en dommages pour un accident causé par la chute d'un bloc de pierre qui s'était détaché d'un talus en bordure d'une route : l'automobile du demandeur avait été écrasée, sa fille tuée et lui-même blessé grièvement. Le demandeur alléguait que le service provincial de voirie avait

38. *Id.*, p. 1998.

39. *Oha v. Ozdoba*, (1990) 39 C.L.R. 248 (B.C.S.C.).

40. *Id.*, p. 250.

41. D.J. MULLAN, « Developments in Administrative Law : the 1983-84 Term », (1985) 7 *Sup. Ct L.R.* 1, p. 58 ; aussi S.J. BAILEY et M.J. BOWMAN, « The Policy-Operational Dichotomy : a cuckoo in the nest », (1986) 45 *Cambridge L. J.* 430.

fait preuve de négligence en n'entretenant pas convenablement la route et ses abords.

Le ministère de la Voirie avait mis au point un système d'inspection et de travaux de consolidation des talus rocheux bordant les routes. Des ingénieurs procédaient à des inspections visuelles périodiques, ou chaque fois qu'ils y circulaient, et faisant rapport à une équipe qui exécutait des travaux de consolidation. Si des chutes de pierre se produisaient ou des manifestations d'instabilité survenaient, les ingénieurs procédaient à des vérifications plus poussées...

La Cour suprême, sous la plume du juge Cory, commence par estimer que la province a une obligation de diligence envers les usagers des routes, obligation qui s'étend à l'entretien raisonnable de ces routes. Toutefois la question cruciale est de savoir si la province serait exonérée

au motif que le système des inspections, notamment leur fréquence et leur qualité constitue une décision de politique émanant d'un organisme gouvernemental⁴².

Le juge Cory répond de la façon suivante :

Dès lors que le principe de l'inspection est établi, une partie doit pouvoir attaquer le système comme n'ayant pas été instauré dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir discrétionnaire et prouver que, compte tenu de toutes les circonstances y compris les restrictions budgétaires, il y a lieu que le tribunal se prononce sur la question⁴³.

Puis le juge revient sur la difficulté de tracer la ligne de démarcation entre le politique et l'opérationnel. Il cite alors la jurisprudence américaine⁴⁴, australienne⁴⁵ et britannique⁴⁶. Ce qui semble ressortir de cette jurisprudence c'est que les véritables décisions de politique sont à l'abri des poursuites en responsabilité civile afin que les gouvernements soient libres de prendre ces décisions en fonction de facteurs sociaux, politiques ou économiques. Seule l'application de ces politiques peut engager une telle responsabilité. Cependant, cette responsabilité peut aussi être engagée relativement à des considérations discrétionnaires entrant dans la catégorie des décisions opérationnelles. Ainsi, suivant le juge Cory :

l'organisme gouvernemental devrait pouvoir démontrer qu'au regard de la nature et de l'ampleur du risque, son système d'inspection était raisonnable compte tenu de toutes les circonstances y compris les limites budgétaires, le personnel et l'équipement dont il disposait, et qu'il a satisfait à la norme de diligence qui lui était imposée⁴⁷.

42. *Just c. Colombie-Britannique*, *supra*, note 11, p. 1236.

43. *Id.*, p. 1238.

44. *Id.*, p. 1239 ; *Blessing v. United States*, 447, F.S. 1160.

45. *Id.*, p. 1241 ; *Sutherland Shires Council v. Heyman* (1985) 60 S.L.R. 1.

46. *Id.*, p. 1242.

47. *Id.*, p. 1244.

Appliquant cette règle au cas d'espèce, le juge Cory conclut :

ici c'est la façon dont les contrôles ont été effectués, leur fréquence ou leur rareté qui ont été contestées ainsi que la manière dont les arbres situés au-dessus du talus rocheux auraient dû être inspectés, le moment auquel cette inspection aurait dû avoir lieu et la manière dont les travaux d'excavation et de décapage auraient dû être menés⁴⁸.

Il s'agit là, pour le juge, non pas de décisions de politique, mais plutôt de manifestations de la mise en œuvre de la décision de procéder à des inspections, donc de décisions opérationnelles.

Un tel élargissement de la notion de décisions opérationnelles est vivement contesté par le juge Sopinka, dissident dans cette affaire. Selon lui les motifs du juge Cory « sont essentiellement fondés sur une contestation de la politique de l'intimée en ce qui concerne l'étendue de son programme d'inspection et la manière de l'exécuter »⁴⁹. Ainsi conçue, la responsabilité civile couvre très largement le domaine des politiques. Cela équivaut à dire que la distinction entre le politique et l'opérationnel a pour objectif de protéger la décision de l'organisme public de faire quelque chose mais non le contenu de ce qui sera fait.

3. L'éclair qui déchire les nuages : l'arrêt *Murphy*

Tout récemment la Chambre des lords a remis en cause certains aspects de cette jurisprudence en renversant l'arrêt *Anns*⁵⁰ qui a servi notamment de base à l'arrêt *Kamloops*⁵¹. Dans l'arrêt *Murphy*, la Cour considère qu'en approuvant les plans d'une construction projetée, le conseil municipal n'a pas de *duty to care* vis-à-vis du propriétaire quant aux vices de construction qui causeront la ruine de l'édifice ou en diminueront la valeur. Lorsqu'elle approuve un plan ou procède à une inspection, l'autorité publique n'est pas civilement responsable des conséquences qui découlent de sa mission de s'assurer de la conformité du projet aux exigences de la réglementation (« their function of taking steps to secure compliance with building byelaws or regulations »)⁵².

L'ingénieur municipal avait fait les vérifications nécessaires et soumis les plans et devis au conseil pour approbation. Mais onze ans plus tard, des fissures apparaissent sur les murs et on découvre que la structure de la fondation est défectueuse. La maison est alors vendue à un prix inférieur à

48. *Id.*, p. 1245-1246.

49. *Id.*, p. 1251.

50. *Murphy v. Brentwood District Council*, *supra*, note 18.

51. *Kamloops (Ville de) c. Neilsen*, *supra*, note 20.

52. *Murphy v. Brentwood District Council*, *supra*, note 18, p. 923.

sa valeur marchande par Murphy, qui tente d'imputer sa perte économique à la faute de la municipalité ; il invoque aussi le risque que présente ce vice de structure pour la santé des habitants de la maison.

La Cour d'appel applique les principes de l'arrêt *Anns* et consacre le devoir de diligence de l'autorité publique à l'égard des victimes actuelles et des victimes éventuelles d'un manquement à son obligation. Comme l'inspecteur municipal a commis une faute lors de l'approbation des plans et devis, elle déclare la municipalité responsable de tous les dommages qui en résultent⁵³.

À la Chambre des lords, lord Mackay estime qu'il doit mettre de côté l'arrêt *Anns*

[...] in so far as it affirmed a private law duty of care, to avoid damage to property which causes present or imminent danger to the health and safety of owners, or occupiers, resting on local authorities in relation to their function of supervising compliance with building byelaws or regulations [...] ⁵⁴.

Selon lord Keith, l'arrêt *Anns* repose sur le postulat de l'existence d'un danger actuel ou imminent pour la santé et la sécurité des personnes. Mais comme la perte subie, à savoir les dépenses encourues pour prévenir le danger, constitue une perte purement économique, l'arrêt *Anns* recouvre logiquement ces pertes. Voilà pourquoi cet arrêt crée une nouvelle espèce de responsabilité... « a new species of liability governed by a principle undeterminate in character but having the potentiality of covering a wide range of situations [...] »⁵⁵. Il en conclut :

My Lords, I would hold that *Anns* was wrongly decided as regards the scope of any private law duty of care resting on local authorities in relation to their function of taking steps to secure compliance with building byelaws or regulations and should be departed from⁵⁶.

Lord Bridge of Harwich rappelle avec précision le sens et la portée de l'arrêt *Anns*

The *Anns* doctrine, expressed in its most general form, holds a local authority which exercises statutory control over building operations liable in tort to a building owner or occupier for the cost of remedying a dangerous defect in a building which results from the negligent failure by the authority to ensure that the building was erected in conformity with applicable standards prescribed by building byelaws or regulations. The liability arises not from the breach of any statutory duty, but from the breach of a common law duty of care said to arise from the performance of the statutory functions⁵⁷.

53. *Murphy c. Brentwood District Council*, (1990) 2 All E.R. 269.

54. *Murphy c. Brentwood District Council*, *supra*, note 18, p. 912.

55. *Id.*, p. 922.

56. *Id.*, p. 923.

57. *Id.*, p. 924.

Lord Bridge mentionne que cette doctrine a été adoptée en Nouvelle-Zélande et au Canada notamment dans l'arrêt *Kamloops* par une majorité de trois contre deux. Elle a par contre été rejetée en Australie.

Le risque d'une telle doctrine est de transformer l'autorité publique en assureur d'un risque socio-économique⁵⁸. Ce choix devrait être laissé au législateur lui-même :

These may be cogent reasons of social policy for imposing liability on the authority. But the shoulders of a public authority are only « broad enough to bear the loss » because they are financed by the public at large. It is pre-eminently for the legislature to decide whether these policy reasons should be accepted as sufficient for imposing on the public the burden of providing compensation for private financial losses. If they do so decide, it is not difficult for them to say so⁵⁹.

Finalement les sept membres de la Chambre des lords concluent qu'il est illogique, si le législateur n'a pas imposé de responsabilité statutaire à l'autorité publique, de faire supporter à cette dernière une telle responsabilité du simple fait qu'elle assume, dans l'intérêt public, la surveillance et le contrôle d'une activité économique. Il n'est pas possible suivant lord Keith de trouver un fondement logique et cohérent à ce nouveau droit de la responsabilité pour faute (*law of negligence*) qui se retrouve « into a state of confusion defying rational analysis »⁶⁰. Ce qui est illogique c'est de condamner l'autorité publique à dédommager le propriétaire ou l'occupant de :

maisonnettes built on inadequate foundations not complying with relevant building regulations, on the ground of failure by the authority to discover by inspection the inadequacy of the foundations before they were covered over⁶¹.

Il n'y a pas de « sufficient relationship of proximity or neighbourhood », ou relation de proximité causale entre l'inspection qu'on prétend fautive et le dommage subi. Au contraire l'obligation de réparer imposée à l'autorité publique repose sur « a massive extension of a prima facie duty of care »⁶². On est alors assez près de la création d'un régime de réparation sans égard à la faute.

Conclusion

Le régime de responsabilité de la puissance publique doit être, à notre avis, un compromis entre un système d'indemnisation fondé sur l'idée du

58. Expression aussi utilisée par lord Oliver of Aylmerton, *id.*, p. 938. « [...] the burden of acting, in effect, as insurers [...] ».

59. *Id.*, p. 931 (lord Bridge).

60. *Id.*, p. 923.

61. *Id.*, p. 914.

62. *Id.*, p. 915. Lord Keith cite alors la High Court d'Australie dans *Sutherland Shire Council v. Heyman*, (1985) 60 S.L.R. 1, p. 43 (J. Brennan).

risque où l'administration devient l'assureur universel et un système qui pose aux administrés des difficultés quasi-insurmontables de preuve.

Le régime de la faute est adéquat dans la mesure où il met l'administration à l'abri des poursuites abusives en exigeant que le requérant fasse la preuve du mauvais fonctionnement du service public. C'est au regard de ce fonctionnement du service que la jurisprudence a distingué, à juste titre, deux paliers ou deux niveaux : le politique et l'opérationnel. Cette distinction n'est pas facile à faire parce que la vie administrative est complexe et qu'il y a possibilité d'enchevêtrement entre des décisions se situant au niveau de la détermination des normes et celles qui font partie de la mise en œuvre.

Il faut néanmoins faire cet effort de clarification sinon une zone claire-obscur se crée à l'intérieur de laquelle la contestation même d'éléments de politiques devient permise. À cet égard, la mise en garde du juge dissident Sopinka est d'une grande pertinence.

Lorsque le tribunal doit tenir compte de considérations sociales, politiques, budgétaires, il nous paraît évident que nous sommes au niveau des choix politiques. Contrairement à ce que soutient le juge Cory, l'exercice de bonne foi du pouvoir discrétionnaire devrait alors être inattaquable judiciairement, sauf abus de pouvoir, c'est-à-dire faute qualifiée.

Il est étonnant que l'on confonde le principe de l'inspection et une politique d'inspection. Le principe de l'inspection n'est qu'un élément de la politique qui comprend diverses considérations de budget, de personnel, d'équipement, de programmation, d'échéancier...

Au niveau de la mise au point des politiques, seul l'abus de pouvoir devrait être retenu pour mettre en cause la responsabilité civile de l'administration. C'est dans ce sens qu'on devrait comprendre l'idée de passivité non motivée ou mal motivée lancée par la juge Wilson dans *Kamloops* : tout tourne autour de la mauvaise foi ou l'incurie grossière de l'administration.

À notre avis, il faut en revenir à l'arrêt *Barratt* qui avait posé les jalons d'une jurisprudence cohérente appliquée d'ailleurs d'une certaine façon dans *Kamloops*. La confusion dans laquelle nous plonge l'arrêt *Just* vient de certains énoncés de la juge Wilson dans *Kamloops* lorsqu'elle parle de « considérations de politique secondaires ». Qu'il y ait une marge d'appréciation au niveau de l'exécution des politiques cela est normal, mais pourquoi brouiller les concepts.

Il faut tout de même constater que la frontière entre le politique et l'opérationnel peut varier. Plus une politique est imprécise, peu ou mal définie, plus large sera la marge de pouvoir discrétionnaire ou d'appréciation au niveau opérationnel. Alors l'administration est forcément plus

vulnérable parce qu'au niveau opérationnel elle rend compte judiciairement de ses moindres fautes⁶³.

Nous ne croyons pas que la nouvelle orientation de la Chambre des lords dans l'arrêt *Murphy* remet complètement en question la dichotomie *policy-operation* adoptée par la Cour suprême du Canada depuis l'arrêt *Barratt* jusqu'à l'arrêt *Just* en y incluant même l'arrêt *Laurentide Motels*.

La nouvelle approche de la Chambre des lords nous met en garde, comme l'a d'ailleurs fait le juge Sopinka dans *Just*, contre le danger d'assujettir les *policy decisions* à un contrôle judiciaire qui n'est pas de son ressort. Le professeur Klar estime que l'arrêt *Just* risque d'accroître le contentieux de la responsabilité des autorités publiques⁶⁴; les litiges coûteux et *time-consuming* devraient amener le législateur à ne plus laisser aux juges la possibilité d'édicter ce que lord Keith appelle « a remarkable example of judicial legislation »⁶⁵.

Ce qui nous paraît plus important dans la pensée de la Chambre des lords c'est, comme le souligne le juge Sopinka dans sa dissidence à l'arrêt *Just*, de forcer l'évolution d'un système fondé sur la faute vers un système de réparation des pertes inspiré de la justice distributive.

Le recours aux concepts simples de droit civil, soit les notions de faute et de lien de causalité, facilite certes la recherche d'une solution de compromis. Il est essentiel que l'administration, par ses services ou ses agents, ait commis une faute. Or, à la lecture de l'arrêt *Murphy*, il est difficile de considérer que le Brentwood Urban District Council ait commis une faute civile, c'est à dire qu'il n'ait pas agi en bon père de famille, prudent et même avisé⁶⁶.

Dans les affaires *Kamloops* ou *Rothfield c. Manolakos*, on pouvait pointer du doigt des éléments de comportement fautif ou incorrect de l'autorité municipale et de ses agents. C'est encore plus manifeste dans l'affaire *Laurentide Motels*. La démarche ou la dialectique civiliste dans cette dernière affaire illustre davantage le bien fondé d'un système de responsabilité pour faute au niveau opérationnel. Cet arrêt est, comme l'indique Klar, le produit d'une *cross-fertilization* des deux systèmes de droit du Canada⁶⁷.

63. *Laurentide Motels c. Beauport (Ville de)*, *supra*, note 9.

64. L.N. KLAR, « The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities », (1990) 28 *Alta L.R.* 648, p. 655.

65. *Murphy v. Brentwood District Council*, *supra*, note 18 p. 923 (lord Keith of Kinkel).

66. Le Council avait même soumis les plans à une firme d'ingénieur consultant avant de les approuver.

67. L.N. KLAR, *supra*, note 64, p. 674.

Mais même en suivant la dialectique de fertilisation croisée de *Laurentide Motels*, la mise en garde de la Chambre des lords est précieuse. Elle rappelle que le système de responsabilité pour faute doit rester ce qu'il est : un système fondé sur la faute civile qui ne doit pas envahir le domaine du politique⁶⁸.

Toutefois, la notion abstraite de faute civile a des potentialités que n'a peut être pas le *private law duty of care* de la common law. Elle permet de définir des caractéristiques de comportement qui puissent coller à ce bon père de famille d'un genre spécial qu'est l'administration publique.

68. J.G. FLEMING, « Requiem for *Anns* », (1990) 106 *L. Q. R. Rev.*, 525.