

En relisant *Ross c. Dunstall*

Pierre Legrand, jr

Volume 22, Number 2, June 1991

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058122ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058122ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Legrand, P. (1991). En relisant *Ross c. Dunstall*. *Revue générale de droit*, 22(2), 303–323. <https://doi.org/10.7202/1058122ar>

Article abstract

The Supreme Court of Canada decision in *Ross c. Dunstall* is too often understood as having endorsed the principle of option between the regimes of civil liability. Further examination of the case is therefore in order. This analysis will moreover afford an opportunity to highlight a forgotten aspect of the decision, which is the recognition by the Supreme Court of a non-contractual obligation to inform. It is appropriate to ask also whether a text, such as the published decision in *Ross*, may legitimately give rise to such divergent interpretations as have arisen over the last seventy years. If so, how does one reading prevail over competing interpretations?

En relisant *Ross c. Dunstall*

PIERRE LEGRAND JR

Lecturer in Law

Lancaster University, Royaume-Uni*

RÉSUMÉ

L'arrêt de la Cour suprême du Canada rendu dans l'affaire Ross c. Dunstall reste trop souvent compris comme ayant consacré la thèse de l'option entre les régimes de responsabilité civile. Aussi une relecture paraît-elle indiquée laquelle se propose en outre de faire valoir un aspect méconnu de cette décision, soit la reconnaissance par la Cour suprême de l'obligation non contractuelle de renseignement. Il convient, par ailleurs, de se demander si un texte, comme la décision publiée dans l'affaire Ross, peut légitimement autoriser des interprétations aussi divergentes que celles ayant prévalu depuis soixante-dix ans. Dans l'affirmative, comment l'une des lectures mérite-t-elle alors d'être plutôt retenue que ses concurrentes ?

ABSTRACT

The Supreme Court of Canada decision in Ross c. Dunstall is too often understood as having endorsed the principle of option between the regimes of civil liability. Further examination of the case is therefore in order. This analysis will moreover afford an opportunity to highlight a forgotten aspect of the decision, which is the recognition by the Supreme Court of a non-contractual obligation to inform. It is appropriate to ask also whether a text, such as the published decision in Ross, may legitimately give rise to such divergent interpretations as have arisen over the last seventy years. If so, how does one reading prevail over competing interpretations ?

* Je tiens à remercier monsieur le professeur Paul-André Crépeau ainsi qu'un lecteur anonyme de la *Revue générale de droit* qui ont bien voulu lire une première version de ma recherche et me livrer leurs observations et suggestions. Les opinions que j'exprime ici ne sauraient toutefois engager que ma responsabilité.

SOMMAIRE

I. Mise en situation	304
II. Histoire et exégèse	310
III. Aspects d'épistémologie	318

La littérature juridique issue de la tradition de common law est friande de relectures. On s'y est souvent ingénié à publier de ces déconstructions (le mot est à la mode) qui, à l'enseigne de *Smith c. Jones Revisited*, remettent à l'avant-plan des arrêts dont on croyait avoir fait justice une fois pour toutes. L'idée d'émuler cette entreprise à partir des clairs-obscur de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ross c. Dunstall*¹, au sujet duquel un abîme paraît départager ceux qui s'y sont intéressés, m'est venue sans s'annoncer il y a une dizaine d'années déjà. Fort heureusement, Loisel nous enseigne que « [c]e qui est différé, n'est pas perdu »².

I. MISE EN SITUATION

À n'en pas douter, j'écris à la lueur des vieilles lunes. Car ce n'est pas d'hier que les juristes du Québec se demandent s'il est loisible au créancier d'une obligation contractuelle, insatisfait de la prestation de son co-contractant et déçu des règles du régime de responsabilité contractuelle, de réclamer réparation sur le terrain de la responsabilité non contractuelle. Je serai bref. D'aucuns estiment que la présence d'un contrat ne saurait en rien affecter la survivance du régime de responsabilité non contractuelle lequel continue donc à s'appliquer à la relation juridique des justiciables malgré l'entente contractuelle et ce, en raison de son caractère fondamental. Rien n'empêcherait dès lors les parties au contrat de s'autoriser du régime de responsabilité non contractuelle eu égard à l'aménagement de la réparation. Trouvant l'interdiction de l'option entre les régimes de responsabilité civile absurde ou vétilleuse, les juristes de cette école refusent de voir dans l'acceptation de l'alternative un vrai péril que courrait le droit civil. Plutôt, ils y voient un péril cultivé par les fétichistes. En filigrane, les tenants de cette position paraissent entendre le mécanisme de formation de la norme juridique qu'est le contrat comme subsidiaire à cet autre mode

1. (1921) 62 S.C.R. 393, conf. (1920) 29 B.R. 476, conf. (1920) 58 C.S. 123.

2. Antoine LOISEL, *Institutes coutumières*, éd. par Michel Reulos. Paris, Sirey, 1935, liv. IV, tit. V, VIII p. 96, [d'abord publié en 1607].

d'élaboration normatif — la loi — qui engendre des prescriptions non contractuelles. Ces obligations non contractuelles jouiraient ainsi d'un statut supérieur dans la hiérarchie des normes qui ferait en sorte que le contrat ne pourrait pas s'y soustraire et en serait toujours, pour ainsi dire, tributaire. Le contrat n'appelant donc pas à l'exclusion systématique des obligations non contractuelles, il résulterait de cette imbrication un inéluctable enchevêtrement des régimes de responsabilité civile.

Pour d'autres — dont je suis — la thèse de l'option entre les régimes de responsabilité civile attire, mais ne retient pas. On ne saurait avaliser les justifications avancées précédemment dans la mesure où elles font insuffisamment leur place à la volonté du législateur qui paraît bien — la lecture du *Code civil du Bas-Canada* nous en convainc — avoir prôné la reconnaissance de deux régimes de responsabilité civile à la fois distincts, chacun affichant ses règles propres, et d'égale stature, l'un ne se présentant certainement pas comme un sous-ensemble de l'autre. Ni le principe d'unicité de la faute, ni le fait que l'attribution au contrat d'un pouvoir créateur de normes juridiques relève du législateur lui-même³, ni le caractère assurément contingent de certaines différences intervenant sur le plan des règles ne sauraient récuser utilement cette conclusion⁴. En outre, l'explication avancée par les tenants de l'option entre les régimes de responsabilité civile rend mal compte de ce que seul le demandeur au litige se voit en mesure d'exercer le choix consenti. Sans compter avec l'iniquité que fait ainsi surgir, aux dépens du défendeur, cet unilatéralisme⁵, l'on attache alors peu d'importance au principe de la « protection du contrat, tel que les parties l'ont aménagé avec l'assentiment du législateur »⁶. Or, l'intégrité n'en peut être que compromise par l'appel fait à des règles qui minent le système d'autarcie contractuelle posé au Code civil : le contrat n'a alors plus force obligatoire, ne fait plus la « loi des parties » comme l'entend l'article 1134 du *Code Napoléon*.

Appelée à connaître de la polémique, la Cour suprême du Canada faisait l'emporter la plasticité conceptuelle sur la rigueur doctrinale. Dans

3. Voir Marcel PLANIOL, « Classification des sources des obligations », (1904) 33 *Rev. crit. lég. jur.* 224, p. 226; Henri MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », (1936) 35 *Rev. trim. dr. civ.* 1, n° 17, pp. 16-17.

4. Voir toutefois, pour une présentation de certaines des différences essentielles entre les deux régimes de responsabilité civile, Arthur VON MEHREN, « A General View of Contract » in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII: *Contracts in General*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1982, n° 2.

5. Cette injustice a été relevée, par exemple, dans *Les Entreprises Verdi Inc. c. Société des alcools du Québec*, C.S. Montréal, n° 500-05-003926-845, le 15 février 1985, J.E.. 85-285, p. 7: « I do not believe, for example, that it could be seriously argued that, by the mere fact of a plaintiff electing to base its proceedings solely on the delictual regime, the defendant would be foreclosed from pleading the equities of the contractual regime if it were, in the circumstances, open to him to do so » (Monsieur le juge Fraser MARTIN).

6. Geneviève VINEY, *Traité de droit civil* [...] *Les obligations*, t. IV: *La responsabilité: conditions*, Paris, L.G.D.J., 1982, n° 234, p. 278.

*Wabasso Ltd c. National Drying Machinery Co.*⁷, elle retenait, en effet, que, quoique la violation de l'obligation se situât en deçà de la sphère contractuelle, la victime du préjudice pouvait choisir, à sa convenance, d'intenter son recours en se fondant sur le régime de responsabilité civile non contractuelle. Pour ce faire, le demandeur devait toutefois établir que la violation contractuelle intervenue à son endroit eut, de même, constitué une faute — c'est-à-dire une violation de l'obligation de comportement de ne pas nuire à autrui — si elle fut survenue à l'encontre d'un tiers. En d'autres termes, la Cour suprême exigeait du demandeur qu'il démontrât que l'obligation prévue au contrat à son bénéfice lui eut même profité en l'absence de quelque entente que ce soit. Le demandeur devait, si l'on veut, établir l'existence, sur le plan non contractuel, d'une obligation « jumelle » à celle relevant de son contrat. Dans l'affaire *Wabasso*, la Cour suprême jugeait que le demandeur avait rencontré cette condition de « gémellité » de l'obligation et autorisait ainsi l'option en faveur du régime de responsabilité non contractuelle.

Il est regrettable que la Cour ait omis de précisément définir cette obligation primaire dont la polyvalence lui permettait alors de sanctionner l'option entre les régimes de responsabilité civile au profit du demandeur. À la lumière des faits de l'espèce et de la décision majoritaire de la Cour d'appel du Québec — qui, s'étant expressément attardée à cette question, ne se voit pas infirmée sur ce point — j'estime légitime de poser que la Cour suprême retenait, avec *Wabasso*, l'existence d'une obligation de renseignement. Formulant la problématique de l'option entre les régimes de responsabilité civile ainsi qu'elle le fait, la Cour suprême du Canada adopte, sur cette question, les motifs de la décision minoritaire en Cour d'appel⁸. Elle conclut ainsi, dans un premier temps, à l'existence d'une obligation contractuelle de renseignement. Il s'agit, sans nul doute, d'une de ces obligations implicites qu'autorise l'article 1024 du *Code civil du Bas-Canada* et qui participent davantage de la révision du contrat que de son interprétation. Toujours en s'appuyant sur la dissidence enregistrée en appel, la Cour suprême conclut, dans un deuxième temps, que cette obligation de renseignement eut également existé entre les parties en cause si celles-ci n'avaient pas été unies par un lien juridique de nature contractuelle. Un autre exemple tout simple de ce protéiformisme — qui peut servir à en faciliter l'appréhension — a trait au cas du locataire qui se blesse en trébuchant sur une marche brisée dans l'escalier extérieur conduisant à son appartement⁹. Au vu du raisonnement de la Cour suprême, il pourra intenter une action

7. [1981] 1 R.C.S. 578, inf. [1979] C.A. 279, inf. [1977] C.S. 782.

8. *Id.*, pp. 590-91, où monsieur le juge Chouinard renvoie aux notes de monsieur le juge Paré, dissident en Cour d'appel.

9. J'emprunte ici une idée qu'il développait de façon lumineuse à Paul ESMEIN, « La chute dans l'escalier », J.C.P. 1956.I.321.

non contractuelle à l'encontre du propriétaire. En effet, l'obligation de réparation de l'escalier extérieur du propriétaire, dont les articles 1605 et 1652.2 du *Code civil du Bas-Canada* reconnaissent le caractère contractuel¹⁰, existe pareillement envers des tiers. Ainsi l'ami du locataire qui subirait le même accident lors d'une visite au logis de son compagnon serait similairement créancier d'une obligation de réparation du propriétaire¹¹.

Si l'on s'attarde aux autorités sur lesquelles s'est appuyée la Cour suprême pour fonder sa décision dans *Wabasso*, l'on y trouve notamment — et j'entends circonscrire mon propos à cette seule décision — un renvoi étoffé de longues citations à l'arrêt qu'elle avait rendu, quelque soixante ans plus tôt, dans l'affaire *Ross c. Dunstall*. Ainsi la Cour suprême n'aurait pas, avec *Wabasso*, consacré pour la première fois la thèse de l'option entre les régimes de responsabilité civile. Au contraire, elle n'aurait fait qu'entériner une décision rendue antérieurement. En d'autres termes, le droit civil en vigueur au Québec — du moins tel qu'il est prononcé en Cour suprême du Canada — aurait admis l'option dès avec *Ross*. Cette interprétation — qui se veut donc celle de la Cour suprême elle-même — semble bien ancrée au sein de la communauté juridique québécoise au point qu'elle y occupe, selon toute apparence, une position dominante¹². Ma recherche a pour but de démontrer que, malgré l'impression qui a pu se dégager de *Wabasso*, cette lecture de la jurisprudence est erronée. Il me paraît, en effet, que l'arrêt *Ross* n'a pas consacré la thèse de l'option entre les régimes de responsabilité

10. Voir généralement Pierre-Gabriel JOBIN, *Traité de droit civil* [...] *Le louage de choses*, Cowansville, Qué., Éditions Yvon Blais Inc., 1989, n^{os} 225-26, pp. 532-28.

11. Voir aussi, pour une autre illustration d'option entre les régimes de responsabilité civile en matière de bail résidentiel, *Chicheportiche c. Brûlé-Duval*, [1986] R.R.A. 45 (C.P.), pp. 48-49 (Monsieur le juge Charles CIMON). Cf., pour un cas où l'option n'est pas autorisée, *Mungham c. Larivière*, [1983] C.P. 119, p. 125 (Monsieur le juge Pierre VERDY).

12. Voir, par exemple, André et Richard NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971, n^o 44, p. 28; Jean-Louis BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd., Cowansville, Qué., Éditions Yvon Blais Inc., 1990, n^o 24, p. 16; Maurice TANCELIN, *Des obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, n^o 402, pp. 239-40; P.P.C. HAANAPPEL, « La relation entre les responsabilités civiles contractuelle et délictuelle: l'arrêt *Wabasso* en droit québécois et en droit comparé », (1982) 34 *Rev. int. dr. comp.* 103, pp. 104-05; Georges DURRY, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Montréal, Centre de droit privé et comparé du Québec, 1986, pp. 158-59; Louis BAUDOUIN, *Le droit civil de la Province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 881; Pierre BEULLAC, *La responsabilité civile dans le droit de la Province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1948, p. 753; Jacques PERREAULT, *Des stipulations de non-responsabilité*, Montréal, s.éd., 1939, n^o 212, pp. 193-94; Pierre DESSAULES, « Clauses of Non-Liability », (1947) 7 *R. du B.* 147, p. 153.

civile¹³. C'est donc à tort que la Cour suprême du Canada s'en est inspiré sur ce point. Par ailleurs, ma lecture de l'arrêt *Ross* me suggère que, dès 1921, la Cour suprême sanctionnait la reconnaissance d'une obligation non contractuelle de renseignement. Bien avant que l'idée de la vulnérabilité du consommateur ne soit passée dans les moeurs juridiques, la jurisprudence accueillait ainsi les prétentions de celui-ci à une information adéquate : celles-ci n'allaient plus se voir confinées à la sphère du non-droit. C'est dès lors à tort, me semble-t-il, que la Cour suprême ne s'est pas référée à cet arrêt pour fonder sa décision, dans *Wabasso*, de retenir que l'obligation de renseignement partie au contrat eut, de même, existé sur le plan non contractuel¹⁴.

S'il est vrai que l'on a pu se demander si l'autorité de cette décision ne souffrait pas de ce qu'elle était intervenue relativement à une requête pour exception déclinatoire¹⁵, il ne fait pas de doute que la Cour suprême a depuis eu l'occasion de réitérer son adhésion au principe de la reconnaissance de l'option entre les régimes de responsabilité civile¹⁶. S'il est également vrai que l'on a pu à juste titre s'étonner de la précarité de l'appareil analytique invoqué par la Cour au soutien de sa décision¹⁷, il est clair que la jurisprudence subséquente s'est néanmoins ralliée aux conclusions de la Cour suprême. Par ailleurs, le *Code civil du Québec* en voie d'adoption résoud la problématique de l'option entre les régimes de

13. Voir, en ce sens, Pierre-Gabriel JOBIN, « *Wabasso*: un arrêt tristement célèbre », (1982) 27 *R.D. McGill* 813, pp. 817-21; Paul-A. CRÉPEAU, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1956, pp. 98-103 [ci-après *Responsabilité civile*]; *Id.*, « Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien », (1962) 22 *R. du B.* 501, pp. 539-41 [ci-après *Régimes*]; Henri MAZEAUD, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », (1929) 28 *Rev. trim. dr. civ.* 551, n° 65, pp. 624-25. Voir aussi, *semble*, René DEMOGUE, « De l'obligation du vendeur en raison des inconvénients de la chose et de la responsabilité délictuelle entre contractants », (1923) 22 *Rev. trim. dr. civ.* 645, pp. 651-60. Je ne prétends toutefois pas qu'il y ait identité de raisons entre les arguments avancés par ces auteurs et ceux que je développe ici.

14. Mais voir, pour un tel renvoi, *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 1554, p. 1565 (Monsieur le juge GONTHIER, au nom de la Cour), conf. [1987] R.D.J. 232 (C.A.), inf. C.S. Montréal, n° 500-05-006351-843, le 18 janvier 1985, J.E. 85-280.

15. Voir, en ce sens, *Faillace c. Feldman*, C.S. Montréal, n° 500-05-018819-811, le 18 juin 1982, J.E. 82-800, p. 15 (Monsieur le juge Claude BENOÎT). Voir, sur la question de la portée de l'arrêt, P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 13, p. 833.

16. Voir ainsi *Banque Nationale du Canada c. Houle*, 22 novembre 1990 (Cour suprême du Canada), pp. 50-52 (Madame le juge L'HEUREUX-DUBÉ, au nom de la Cour); *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, pp. 203-04 (Monsieur le juge LEDAIN, au nom de la Cour) (en appel de la Cour d'appel de Nouvelle-Écosse); *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, *supra*, note 14, aux pp. 1566-68 (Monsieur le juge GONTHIER, au nom de la Cour).

17. Voir ainsi Paul-A. CRÉPEAU, « La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien », (1981) 26 *R.D. McGill* 673, note 66, p. 693; Pierre LEGRAND, « Vaccination par l'État : droit de la santé et théorie des obligations juridiques », (1981) 26 *R.D. McGill* 880, p. 900, note 104.

responsabilité civile en interdisant celle-ci. Toute action en responsabilité civile contractuelle doit s'inscrire dans le seul cadre du régime de responsabilité civile contractuelle sauf le cas où elle implique une réclamation pour préjudice corporel. L'action est alors intentée sur le fondement du seul régime de responsabilité civile non contractuelle¹⁸.

À défaut d'harmonie au sein de la communauté juridique québécoise sur l'opportunité de ces développements jurisprudentiels et législatifs, une relative certitude sur le plan des règles paraît dorénavant devoir entourer toute cette problématique¹⁹. Sans doute, dans ce contexte, ne s'attendait-on pas qu'il paraisse aujourd'hui des observations sur *Ross c. Dunstall*. J'aime à croire que l'exercice auquel je me livre n'est pas dérisoire pour autant. Il relève du truisme le plus banal de rappeler que les règles de droit civil en vigueur au Québec tirent leur origine du droit civil français et participent, par là, d'une tradition civiliste deux fois millénaire. Mais cette remémoration a sa place car elle permet d'apprécier l'ampleur de la bifurcation que faisait subir la Cour suprême du Canada au système de droit civil qui prévaut au Québec avec l'arrêt *Wabasso*. Le système dérivatif se démarquait alors profondément du système-souche sur une question de droit on ne peut guère plus fondamentale. Comme a pu l'écrire Tunc, « [à] l'esprit logique d'un juriste français, la distinction [entre les régimes de responsabilité civile] est aussi claire qu'elle est naturelle »²⁰. Faut-il voir une simple coïncidence dans ce que cet écart collait étroitement à la position retenue en common law — pour des raisons d'ailleurs essentiellement historiques et qui relèvent de l'âge des *forms of action*²¹?

Mais — j'y insiste — il ne s'agit pas pour moi de défendre ici la thèse de la protection du contrat laquelle se défend fort bien toute seule. Il reste toutefois digne d'intérêt de démontrer que le virage dont je prétends qu'il a opéré une démarcation radicale de la position civiliste traditionnelle n'est pas le produit de la Cour suprême de 1921 mais bien plutôt de celle de 1981²². Récurrenente, l'idée selon laquelle la Cour suprême du Canada se

18. Voir *Projet de loi 125 sur le Code civil du Québec*, art. 1454 (2).

19. Ce qui n'est pas dire que l'interprétation de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Wabasso* fait l'unanimité. Ainsi Jean-Louis BAUDOIN, *op. cit.*, note 12, n° 25, p. 17 affirme que l'option entre les régimes de responsabilité civile n'est pas permise lorsque le pivot en est une obligation explicitement prévue à la convention. Selon cet auteur, l'option ne pourrait intervenir que dans le cas d'obligations implicites. Il me paraît difficile de restreindre ainsi la portée de l'arrêt *Wabasso*.

20. André TUNC, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Paris, Économica, 1989, n° 35, p. 33.

21. Voir généralement Michael BRIDGE, « The Overlap of Tort and Contract », (1982) 27 *McGill L.J.* 872, pp. 873-906.

22. Il me paraît acquis que la Cour suprême du Canada n'a pas consacré la thèse de l'option entre les régimes de responsabilité civile dans l'intervalle. Voir ainsi *Samson & Fillion c. Davie Shipbuilding & Repairing Co.*, [1925] S.C.R. 202; *McLean c. Pettigrew*, [1945] S.C.R. 62; *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] S.C.R. 745; *Alliance Assurance Co. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1970] R.C.S. 168; *Hôpital Notre-Dame c. Patry*, [1975] 2 R.C.S. 388.

serait plutôt distanciée de la tradition civiliste avec *Ross* qu'avec *Wabasso* relève aujourd'hui du poncif et, à ce titre, mérite d'être débusquée. S'agissant de la reconnaissance de l'obligation de renseignement, mon propos va, somme toute, en sens contraire et vise à indiquer que ce développement jurisprudentiel remonte, eu égard à la jurisprudence de la Cour suprême, à 1921 et non seulement à 1981. C'est donc à un double réajustement de perspective que j'entends me consacrer dans la deuxième partie de cet essai. Par la suite, je compte me demander comment il est possible qu'à partir d'un même texte — soit la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ross v. Dunstall*, telle que publiée aux Supreme Court Reports — les juristes aient pu avancer des opinions aussi radicalement opposées quant à savoir si la Cour avait alors admis ou nié l'option entre les régimes de responsabilité civile. Un texte autorise-t-il ainsi une gamme d'interprétations aussi contradictoires? Et si tel est le cas, comment l'une de ces lectures mérite-t-elle d'être plutôt retenue que ses concurrentes? Cette réflexion fera l'objet de la troisième partie de mon étude.

II. HISTOIRE ET EXÉGÈSE

Les demandeurs, Dunstall et Emery, s'étaient procuré une carabine de chasse fabriquée par le défendeur Ross. Cette carabine était d'un modèle spécial et permettait de tirer plus rapidement que les carabines ordinaires. Alors que Dunstall avait acheté l'arme d'un distributeur, Emery avait acquis la sienne directement des mains du fabricant. Avant de se servir des carabines, les demandeurs procédèrent à leur nettoyage. Ils durent, pour ce faire, démonter quelques pièces de la culasse qu'ils remirent en place au terme de l'opération. Il se révéla toutefois que ce ré-assemblage de la culasse n'avait pas été bien effectué, les pièces n'ayant pas été suffisamment serrées. Ainsi quoiqu'elle donnât l'apparence d'être bien verrouillée, la culasse ne l'était pas. Or, contrairement aux autres carabines sur le marché, celle-ci pouvait fonctionner peu importe que la culasse soit adéquatement verrouillée ou non. Le temps venu d'utiliser l'arme, la carabine se déclencha donc, la force de la détonation repoussant la culasse violemment vers l'arrière. Celle-ci frappa chacun des tireurs au visage et leur causa la perte d'un œil ainsi que d'autres blessures. Ces derniers intentèrent alors une action en dommages-intérêts à l'encontre du fabricant alléguant que les accidents résultaient de sa négligence et que la carabine recelait un vice caché²³. Les demandeurs eurent gain de cause en Cour supérieure et en Cour d'appel, cette dernière réduisant toutefois les dommages-intérêts qui leur avaient été d'abord consentis.

23. Il faut bien voir que le cumul de causes d'action ne pose pas la problématique de l'option entre les régimes de responsabilité civile. Voir, en ce sens, P.-A. CRÉPEAU, Régimes, *loc. cit.*, note 13, p. 528.

S'agissant de la qualification du régime de responsabilité civile, le cas de *Dunstall* ne soulève guère de difficulté. Celui-ci, sous-acquéreur, n'entretenait, en effet, aucun rapport direct avec le fabricant. Son recours ne pouvait donc qu'être de nature non contractuelle. Il n'était pas admis, à l'époque, que l'action contractuelle pût se transmettre aux acquéreurs successifs du bien, c'est-à-dire aux ayants cause à titre particulier²⁴. La question de l'option entre les régimes de responsabilité civile se fait apparemment plus délicate eu égard à *Emery*. Lié par contrat avec le fabricant, lui était-il loisible de néanmoins invoquer la responsabilité non contractuelle de ce dernier? Il convient de considérer la réponse apportée par la Cour suprême du Canada en abordant chacun des jugements à tour de rôle.

Monsieur le juge en chef Davies

Monsieur le juge en chef Davies exprime son appui à l'opinion de monsieur le juge Mignault²⁵.

Monsieur le juge Idington

Monsieur le juge Idington décide en faveur des utilisateurs de la carabine. Il s'en remet aux décisions inférieures et n'offre aucun motif de son cru²⁶.

Monsieur le juge Duff

Monsieur le juge Duff retient d'abord la responsabilité du défendeur *Ross* à l'endroit du sous-acquéreur *Dunstall* en s'appuyant sur l'article 1053 du Code civil²⁷. Il voit dans le fait que les armes ont été vendues «without warning» et sans avoir préalablement fait l'objet d'un «competent and careful inspection and testing», une négligence du fabricant²⁸. C'est donc notamment un manquement à une obligation de renseignement de nature non contractuelle que monsieur le juge Duff identifie ici. Le juge ne voit pas, en effet, que l'absence d'un contrat de vente empêche l'imputation d'une responsabilité civile non contractuelle au défendeur. Il écrit :

I can see no reason for holding that such responsibility does not arise from the very terms of Art. 1053 C.C. unless it can be successfully contended that

24. Mais voir *supra*, note 1, pp. 400-01 (Monsieur le juge ANGLIN). Voir, maintenant, *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790.

25. *Supra*, note 1, p. 394.

26. *Id.*, p. 395.

27. *Id.*, p. 396.

28. *Id.*, p. 395.

responsibility in such circumstances is limited to that arising from the contract of sale. I see no reason for such a limitation.²⁹

Ainsi selon monsieur le juge Duff, le contrat de vente ne couvre pas l'ensemble du territoire en matière de responsabilité civile. L'on ne peut donc pas conclure que l'absence de contrat de vente doit impliquer l'absence de responsabilité civile. Le juge reconnaît ainsi que le contrat de vente n'a qu'une portée limitée et qu'il est des questions de responsabilité qui vont devoir se poser au-delà de ses frontières. Il faut voir, toutefois, que monsieur le juge Duff retient implicitement que si le contrat de vente eut couvert la totalité du terrain en matière de responsabilité civile, il eut alors nié quelque rôle que ce soit à l'article 1053. Mais tel n'est pas le cas. L'obligation de renseignement due par le fabricant au sous-acquéreur n'est pas tributaire, selon monsieur le juge Duff, de l'existence d'un contrat. Sa source est ailleurs, soit à l'article 1053 du *Code civil du Bas-Canada*.

Si la responsabilité de Ross envers le sous-acquéreur Dunstall est donc nettement de nature non contractuelle, la qualification de sa responsabilité civile envers l'acheteur immédiat Emery est moins assurée. Cette responsabilité, selon monsieur le juge Duff, doit, en dernière analyse, être apparemment qualifiée de contractuelle. Le juge précise que cette co-existence de deux régimes de responsabilité distincts vis-à-vis deux demandeurs distincts ne soulève aucune difficulté:

I cannot understand why a delictual responsibility towards those with whom the negligent manufacturer has no contractual relation [c'est le cas de Dunstall] may not co-exist with the contractual responsibility towards those with whom he has [c'est le cas de Emery].³⁰

La violation du contrat n'est pas précisée, mais il s'agit sans doute de la présence d'un vice caché puisque c'est là la seule prétention des avocats de l'acheteur Emery³¹.

Somme toute, il est clair que la problématique de l'option entre les régimes de responsabilité civile n'a pas retenu l'attention du juge: le créancier non contractuel détient un recours en vertu de l'article 1053 du Code civil et le créancier contractuel peut poursuivre en vertu du contrat.

Monsieur le juge Anglin

Monsieur le juge Anglin retient également que le fabricant a violé son obligation de renseignement. Selon le juge, le fabricant devait renseigner l'utilisateur de la carabine. Il qualifie ainsi son omission:

failure [...] to take any reasonable steps to insure that warning of the latent danger of the misplaced bolt — whether it did or did not amount to a defect

29. *Id.*, p. 396.

30. *Ibid.*

31. *Id.*, p. 394.

in design — should be given to purchasers in the ordinary course of the rifles which he puts on the market.³²

Le juge qualifie cette omission de faute non contractuelle, tant à l'endroit de Dunstall (le sous-acquéreur) que de Emery (l'acheteur immédiat) :

I therefore prefer to rest my opinion in favour of the plaintiffs on Art. 1053 C.C. [...]. The defendant's failure to take steps to warn purchasers of his rifles of the hidden danger peculiar to them, that they would fire when the bolt appeared to be locked but was in fact unlocked, I regard as an imprudence or neglect within the purview of that article and therefore actionable.³³

Il faut noter que monsieur le juge Anglin retient que ce recours fondé sur l'article 1053 du Code civil est le seul qui soit ouvert aux demandeurs. La violation de son obligation non contractuelle de renseignement par le fabricant est la seule source de sa responsabilité civile. Certes, l'on dirait aujourd'hui que l'obligation de renseignement qui profite à l'acheteur, voire au sous-acquéreur, fait partie du contrat de vente. L'on verrait là une obligation implicite qui participerait du contrat par le biais de l'article 1024 du Code³⁴. Cette possibilité n'a pas trouvé d'écho auprès de monsieur le juge Anglin, sans doute réfractaire à ce qui reste — il faut le voir — une révision judiciaire du contrat. Ainsi, à l'instar du point de vue mis de l'avant par monsieur le juge Duff, la responsabilité non contractuelle commence, pour monsieur le juge Anglin, là où prend fin le domaine du contrat. Quant à un éventuel vice caché, monsieur le juge Anglin écarte expressément la possibilité d'un recours contractuel reposant sur ce fondement :

The responsibility of the manufacturer where he has himself sold to the plaintiff, either directly or through an agent, for injuries occasioned to the purchaser by hidden defects in the thing sold is clearly covered by Arts. 1522 and 1527 C.C. [...]

But it is perhaps not so clear that it [cette responsabilité contractuelle] also covers unusual latent sources of danger not amounting to defects.³⁵

S'agissant de l'acheteur immédiat, le juge retient donc que la portée de la responsabilité contractuelle est limitée au seul recours pour vice caché. En l'absence d'un tel vice, ce recours est indisponible. L'acheteur doit donc se placer hors de la sphère contractuelle et fonder son recours sur une violation de l'article 1053 du Code civil.

Ainsi tant le sous-acquéreur que l'acheteur immédiat — son contrat ne recoupant pas la situation en cause — voient leur recours reposer sur l'article 1053 du Code civil. Dès lors, la problématique de l'option entre les régimes de responsabilité civile ne surgit tout simplement pas.

32. *Id.*, p. 399.

33. *Id.*, p. 401.

34. Voir *National Drying Machinery Co. c. Wabasso Ltd.*, [1979] C.A. 279 et, généralement, Pierre LEGRAND, « Pour une théorie de l'obligation de renseignement du fabricant en droit civil canadien », (1981) 26 *R.D. McGill* 207, pp. 215-62.

35. *Supra*, note 1, pp. 400-01.

Monsieur le juge Brodeur, dissident

Monsieur le juge Brodeur explore la doctrine civiliste dominante et conclut :

Il y a donc, suivant ces auteurs, deux espèces de faute, c'est-à-dire la faute contractuelle, si le débiteur n'exécute pas son obligation résultant d'une convention ou l'exécute imparfaitement, et la faute délictuelle, c'est-à-dire celle qui consiste à causer un préjudice à autrui, préjudice autre que celui résultant d'une obligation contractuelle.³⁶

Le juge constate que le *Code civil du Bas-Canada* confirme cette position :

Notre code civil a, dans les articles 1070 et suivants, déterminé la responsabilité résultant de la faute contractuelle; et il a, dans les articles 1053 et suivants, fixé la responsabilité qui résulte des délits et quasi-délits. Il a donc indiqué d'une manière certaine les règles qui doivent nous guider dans le cas de faute contractuelle et dans le cas de faute délictuelle. S'il y a une convention entre les parties, alors nous devons fixer la responsabilité des parties suivant les dispositions du chapitre qui traite de l'effet des obligations: et s'il n'y a pas eu de convention, alors nous devons fixer cette responsabilité suivant les dispositions du chapitre qui traite des délits et des quasi-délits.³⁷

S'agissant d'une possible responsabilité contractuelle du fabricant en faveur de l'acheteur immédiat, le juge conclut à l'absence de tout défaut caché. En l'espèce, dit-il, le défaut était apparent³⁸. Existe-t-il, par ailleurs, un autre fondement à une responsabilité contractuelle du fabricant, par exemple sur la foi d'une violation de son obligation de renseignement? Le juge répond par la négative :

Le vendeur est-il obligé de faire l'éducation de son acheteur? Je n'hésite pas à dire que non.³⁹

Selon monsieur le juge Brodeur, ce n'est pas que l'obligation de renseignement aurait été violée, mais plutôt qu'elle n'existe tout simplement pas.

Selon monsieur le juge Brodeur, ce sont là les deux seules obligations qui eussent pu être imputées au fabricant. En d'autres termes, le domaine du contrat couvre ici l'ensemble du territoire de la responsabilité civile. Dès lors, ou la responsabilité civile découle d'une violation du contrat, ou elle n'est pas. C'est ainsi que monsieur le juge Brodeur conclut « que dans les circonstances actuelles la seule faute qui puisse être imputée au défendeur est une faute contractuelle et non pas quasi-délictuelle »⁴⁰. Le fabricant n'encourt donc aucune responsabilité civile.

36. *Id.*, p. 406.

37. *Id.*, pp. 406-07.

38. *Id.*, pp. 409-14 et spéc. p. 412.

39. *Id.*, p. 413.

40. *Id.*, p. 414.

Monsieur le juge Mignault

Monsieur le juge Mignault indique, au tout début de son jugement, que la qualification de la responsabilité civile n'entraîne pas de conséquences sérieuses en l'espèce :

whether the civil responsibility incurred proceeds from a contract or rests on a *quasi-délict*, matters very little in this case.⁴¹

Malgré tout, monsieur le juge Mignault reste conscient de ce que le législateur a bien porté au Code civil deux régimes de responsabilité civile distincts. Dans un passage « malheureusement ignoré » des auteurs⁴², il écrit :

no doubt the Code deals separately with the two kinds of responsibility.⁴³

Le juge conclut d'abord à l'absence de vice caché de la carabine dans sa conception même. Ceci élimine donc un possible fondement contractuel pour Emery, l'acheteur immédiat :

I do not think therefore [...] that there is a defect in the design *qua* design of the rifle, for it contains a properly constructed locking device, and it was never intended that it should be fired in an unlocked position.⁴⁴

Un recours contractuel reste possible qui reposera sur un autre fondement : un autre vice caché ou une autre obligation contractuelle.

Le juge entreprend ensuite de considérer un autre fondement possible de responsabilité civile :

[n]o warning was given of the possibility of wrongly assembling the bolt, and the danger that the rifle might be fired with the bolt in an unlocked position was not pointed out to users of the rifle.⁴⁵

Monsieur le juge Mignault n'indique toutefois pas encore la nature, contractuelle ou non contractuelle, de cette obligation.

Avant de se prononcer sur cette question, le juge prend soin de tracer les limites propres à chacun des régimes de responsabilité civile. Il écrit ainsi :

The principles governing civil responsibility are very familiar. In the absence of any contractual relations between two persons, the one is liable towards the other if, being *doli capax*, he has caused him damage by his fault, whether by positive act, imprudence, neglect or want of skill (art. 1053 C.C.).⁴⁶

Il faut noter que monsieur le juge Mignault souligne ici d'emblée que la responsabilité non contractuelle exclut la présence d'une obligation

41. *Id.*, p. 415 (les caractères italiques sont de l'auteur).

42. P.-A. CRÉPEAU, *Responsabilité civile, op. cit.*, note 13, p. 103, note 211.

43. *Supra*, note 1, p. 415.

44. *Id.*, p. 417.

45. *Ibid.*

46. *Id.*, p. 419.

contractuelle entre les parties en présence. Poursuivant son exercice de délimitation des sphères contractuelle et non contractuelle, le juge écrit que :

[i]n the case of the sale of a thing with a latent defect, the usual remedy is the rescission of the sale or a diminution of the price.⁴⁷

La distinction entre les deux domaines se voulant clairement établie, le juge poursuit en s'attardant à un deuxième fondement possible de responsabilité civile. Il conclut ainsi à l'existence d'un vice caché de la carabine. Selon lui,

the possibility of the rifle being fired in an unlocked position, when to the ordinary and even cautious user the bolt action would appear to be locked, is a latent defect of the Ross rifle entailing the civil liability of the appellant as its manufacturer for the damages incurred by the respondents.⁴⁸

À ce stade de sa réflexion, monsieur le juge Mignault se montre donc apparemment prêt à asseoir la responsabilité du fabricant sur l'un de deux fondements. Premièrement, cette responsabilité peut reposer sur la violation d'une obligation de renseignement, dont la nature reste à préciser :

And to put on the market without proper instructions or warning such a rifle — whether the liability be contractual or delictual — is a fault for the consequences of which the appellant must be held liable.⁴⁹

Deuxièmement, dans le cas de l'acheteur immédiat, cette responsabilité peut reposer sur un vice caché dans la carabine — lequel n'aurait pas trait à la conception même de l'objet mais plutôt au fait qu'elle puisse être actionnée alors que la culasse n'est pas verrouillée.

Monsieur le juge Mignault procède ensuite à énoncer qu'il ne fonde pas la responsabilité du fabricant sur le vice caché. En effet, dit-il, la demande ne constitue pas véritablement une action rédhibitoire. Se fut-il agi d'une telle demande ("Were this a redhibitory action claiming annulment of the sale [...]''⁵⁰), le recours aux articles 1527 et 1528 du Code civil eut été possible. Toutefois, ceci ne saurait empêcher que le demandeur intentât une action reposant sur une autre disposition du code, c'est-à-dire visant une autre faute. Aussi monsieur le juge Mignault ajoute-t-il aussitôt :

But, as I take it, his action can stand, notwithstanding the contractual relations between the parties, upon article 1053 as well as upon articles 1527, 1528 C.C.⁵¹

En d'autres termes, l'action de l'acheteur immédiat Emery pouvait reposer sur le vice caché. Celui-ci n'a toutefois pas formulé son recours en des termes appropriés pour ce faire. Mais son action peut aussi se fonder sur

47. *Ibid.*

48. *Id.*, p. 420. Monsieur le juge Mignault paraît ainsi vouloir appliquer cette conclusion tant à l'acheteur immédiat qu'au sous-acquéreur.

49. *Id.*, p. 421.

50. *Id.*, p. 422.

51. *Ibid.*

un autre recours qui, lui, n'a rien à voir avec le contrat. Il ne s'agit donc pas d'un cas où, disposant d'un seul recours, Emery prétend pouvoir choisir de le faire valoir, à sa guise, sur le plan contractuel ou non contractuel. Plutôt, il s'agit d'un cas où l'acheteur immédiat détient deux recours distincts renvoyant à la violation de deux obligations distinctes et trouvant leur fondement dans deux régimes de responsabilité civile distincts. Il est clair, dans ce cas, qu'il revenait à l'acheteur immédiat de choisir celle des violations qu'il voulait voir sanctionner, c'est-à-dire, somme toute, qu'il lui était loisible d'exercer celui des recours qui lui convenait davantage.

Ainsi — et cette conclusion est tout à fait raisonnable — ce n'est pas parce que le contrat entre deux parties ne fonde pas de recours contractuel que ces parties sont forcloses de s'autoriser du régime non contractuel de responsabilité civile lorsque celui-ci a vocation à s'appliquer. C'est ce qu'affirme monsieur le juge Mignault qui retient en dernière analyse un fondement non contractuel à l'obligation de renseignement qu'il avait précédemment identifiée :

I have no intention to hold that every manufacturer or vendor of machinery must instruct the purchaser as to its use, or that the purchaser, who without sufficient knowledge attempts to operate machinery, is to be indemnified for the damage resulting from his ignorance, but where there is a hidden danger not existing in similar articles and no warning is given as to the manner to safely use a machine, it would appear contrary to the established principles of civil responsibility to refuse any recourse to the purchaser.⁵²

Comme messieurs les juges Duff et Anglin, monsieur le juge Mignault retient donc que le contrat ne comprend pas d'obligation de renseignement. Toutefois, celle-ci intervient en vertu de l'article 1053 du Code civil. L'existence d'un lien contractuel ne saurait donc être exclusive de toute autre obligation juridique entre les parties. La sphère contractuelle ne couvre pas tout et il est des obligations qui s'imposent aux parties sans participer du domaine du contrat. Monsieur le juge Mignault en donne comme exemple le contrat de transport ferroviaire :

[Article 1053 C.C.] is applied every day in the case of passengers injured while travelling on railway carriages, although a contract is made between them and the railway company for their transportation.⁵³

Il y a là reconnaissance de réalités fondamentales : le contrat ne recoupe pas la totalité de la réalité obligationnelle et la responsabilité civile contractuelle est limitée aux obligations qui participent du contrat. Or, s'agissant du contrat de transport de personnes, Crépeau rappelle qu'en 1921 le contenu obligationnel de celui-ci n'englobait tout simplement pas l'obligation du transporteur d'assurer la sécurité de son passager⁵⁴. Dans ces conditions, le passager, victime d'un préjudice corporel, n'avait d'autre choix, puisque son contrat ne lui était sur ce plan d'aucun secours, d'intenter un recours

52. *Id.*, p. 421.

53. *Id.*, p. 422.

54. Voir P.-A. CRÉPEAU, *Responsabilité civile*, *op. cit.*, note 13, pp. 101-02.

non contractuel à l'endroit du transporteur en s'appuyant sur l'article 1053 du Code civil⁵⁵. C'est pourquoi monsieur le juge Mignault s'élève contre «the broad proposition that where the relations between the parties are contractual there cannot also be an action *ex delicto* in favour of one them»⁵⁶. Plutôt, «[v]ery much depends of the circumstances of each particular case»⁵⁷. Je ne vois pas que monsieur le juge Mignault se montre ici favorable de quelque manière à la thèse de l'option entre les régimes de responsabilité civile⁵⁸.

Ainsi les trois juges de la majorité ayant rédigé des motifs (messieurs les juges Duff, Anglin et Mignault) retiennent tous la responsabilité civile du fabricant envers chacun des utilisateurs pour violation par celui-ci de son obligation non contractuelle de renseignement. Ces trois juges écartent également, d'un commun accord, l'application du *Code civil du Bas-Canada* en matière de garantie des vices cachés⁵⁹. Ils ne considèrent pas non plus la possibilité d'un autre fondement contractuel aux recours intentés, tel l'article 1024 du Code civil.

III. ASPECTS D'ÉPISTÉMOLOGIE

Ce n'est sans doute pas le lieu pour moi de me livrer à de longs développements sur les thèmes du texte, du contexte et de l'herméneutique (au sens contemporain — plutôt qu'antique — du terme)⁶⁰. Je ne peux toutefois passer sous silence les enjeux épistémologiques principaux de l'exercice de lecture auquel je me consacre ici⁶¹.

55. La jurisprudence reconnaît maintenant le fondement contractuel de l'obligation du transporteur de personnes d'assurer la sécurité de son passager. Voir ainsi *Surprenant c. Air Canada*, [1973] C.A. 107, pp. 118-26 (Monsieur le juge Jules DESCHÊNES).

56. *Supra.* note 1, p. 422, Voir, en ce sens, *Surprenant c. Air Canada, id.*, p. 126: «Il y a encore lieu de préciser qu'indépendamment de ce recours d'ordre contractuel, on peut concevoir des circonstances où le passager aurait été victime d'un quasi-délit commis par le transporteur à l'occasion du contrat de transport, mais *en dehors* des stipulations de celui-ci. Le recours du voyageur se fonderait alors à bon droit sur l'article 1053 C.C., justement parce qu'il tirerait son origine non pas du contrat, mais d'un quasi-délit extérieur à celui-ci» (Monsieur le juge Jules DESCHÊNES).

57. *Ibid.*

58. *Contra*: Pierre-Gabriel JOBIN, «L'obligation d'avertissement et un cas typique de cumul», (1979) 39 *R. du B.* 939, p. 944.

59. *Contra*: P.-A. CRÉPEAU, Régimes, *loc. cit.*, note 13, pp. 540-41.

60. Voir pour une introduction à l'herméneutique juridique, Peter GOODRICH, *Reading the Law*, Oxford, Blackwell, 1986, pp. 132-41; Dennis M. PATTERSON, «Authorial Intent and Hermeneutics», (1989) 2 *Can. J. Law & Jur.* 79.

61. Je renvoie à la notion d'«épistémologie» au sens — plus large que l'acception traditionnelle — où l'entend Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, P.U.F., 1985, n° 35, p. 65: «L'épistémologie juridique descriptive est l'étude critique des principes, des postulats, des méthodes et des résultats de la connaissance du droit». Voir aussi André-Jean ARNAUD, éd., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1988 *vbis* Épistémologie juridique.

Deux constats s'offrent à moi. Premièrement, il me paraît incontournable que l'arrêt *Ross c. Dunstall* prend parti, dans un sens ou dans l'autre, sur la question de l'option entre les régimes de responsabilité civile. La controverse peut bien continuer, il n'en reste pas moins qu'il faut se rendre à l'évidence : l'arrêt, tel qu'en lui-même, accueille ou n'accueille pas l'option. La signification *endogène* du texte en tant que produit existe sans conteste. La nier serait ultimement s'élever contre la possibilité de la communication écrite même. Aussi Posner a-t-il raison d'avancer que « [t]ext skepticism, like philosophical skepticism generally, is a pose rather than a practice »⁶². Mais il reste que cette signification endogène est indisponible, inaccessible. Comment, en effet, pourrait-on l'appréhender ? Après tout, les mots n'ont guère de sens pris isolément, par eux-mêmes. Plutôt, le sens des mots leur vient du contexte circonstanciel dans lequel ils s'inscrivent ; ce sont ces circonstances extérieures qui, elles-mêmes, leur donnent un sens. Or, ce contexte ne nous est pas abordable. Ce qui ne doit pas entraîner qu'il n'existe pas de signification endogène du texte⁶³. De même qu'un énoncé peut être vrai sans qu'on puisse pourtant faire la preuve de cette vérité⁶⁴, un texte peut avoir un sens sans qu'on puisse démontrer ce sens. L'on ne saurait dire d'une proposition telle le prononcé de *Ross c. Dunstall* eu égard à la question de l'option entre les régimes de responsabilité civile, qu'on représenterait par *p*, qu'elle est fautive et que son contraire, *-p*, est également fautive⁶⁵. Le texte en lui-même, ce serait donc un peu la pierre philosophale qu'on sait ne pas devoir trouver mais qu'on sait aussi devoir chercher. Au sens endogène hors d'atteinte, l'on doit dès lors se résoudre à substituer des succédanés exogènes, des *interprétations*. Comme l'écrit Eco, « un texte est un mécanisme paresseux (ou économique) qui vit sur la plus-value de sens qui y est introduite par le destinataire »⁶⁶.

Deuxièmement, il me semble donc tout aussi incontestable que l'arrêt ne s'appartient pas, c'est-à-dire n'appartient pas aux juges qui l'ont prononcé. Sitôt rendu, il leur échappe et tombe, pour ainsi dire, dans le domaine public. Il entreprend alors de générer ses doubles⁶⁷ ; il devient tributaire des interprétations qu'on lui prête. L'interprétation dominante se

62. Richard A. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1990, p. 295. Voir, par ailleurs, pour les grandes lignes du débat entre scepticisme et littéralisme, P. GOODRICH, *op. cit.*, note 60, p. 138.

63. *Contra*: R. POSNER, *id.*, p. 198, où l'auteur avance que la reconnaissance de l'inaccessibilité du sens endogène du texte revient à dire que le texte ne compterait pas de tel sens endogène.

64. Voir Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, p. 81.

65. Voir généralement Ronald DWORKIN, *No Right Answer?* in P.M.S. HACKER & J. RAZ, éd., *Law, Morality and Society*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 58-84.

66. Umberto ECO, *Lector in fabula*, Paris, Grasset, 1985, p. 63.

67. J'emprunte l'image à Michel FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, 1972, pp. 9-10.

fait bientôt opinion reçue. Et c'est ainsi que la connaissance du droit devient non pas la connaissance de l'arrêt, mais plutôt de ce qu'on en a dit.

Cette deuxième constatation me suggère ces autres observations. Le rejet du postulat (classique) de la transparence intégrale du texte — impliquant pour l'interprétation un modeste rôle d'adjuvant au titre de restaurateur de la clarté originelle de la pensée — implique que le lecteur se voit conférer un rôle central dans la production de la signification. Il ne pourrait en être autrement lorsque l'épistémologie enseigne qu'il n'existe pas de faits bruts et montre que l'observation est toujours déjà construction de l'objet, d'une part, et lorsqu'on sait la polysémie universelle du langage ordinaire, chaque terme présentant une pluralité possible d'acceptions, d'autre part. Le voudrais-je que je ne pourrais, quand j'écris ma lecture de *Ross c. Dunstall*, me faire simple répétiteur « car rien ne vient à nous que falsifié et altéré par nos sens »⁶⁸. J'inflige inévitablement à la décision un « traitement » :

To explain a work is to point out something about it that had not been attributed to it before and therefore to change it by challenging other explanations that were once changes in their turn. Explaining and changing cannot be opposed activities [...] because they are the same activities.

[...]

“explaining” and “changing” are acts of interpretation and therefore [...] neither can serve [...] as the noninterpretive pole of a binary opposition.⁶⁹

Barthes exprime la même idée :

Texte veut dire *Tissu*; mais alors que jusqu'ici on a toujours pris ce tissu pour un produit, un voile tout fait, derrière lequel se tient, plus ou moins caché, le sens (la vérité), nous accentuons maintenant, dans le tissu, l'idée générative que le texte se fait, se travaille à travers un entrelacs perpétuel [...] ⁷⁰.

Qu'il n'existe pas *un* texte qui recèlerait *une* interprétation mais plutôt *des* interprétations qui produisent *des* textes n'implique pas qu'on verse dans le solipsisme ou l'anarchie. Le lecteur demeure contraint. Une première contrainte me paraît relever de la surface signifiante objective et doit permettre d'éviter ce que Eco appelle les *décodages aberrants*⁷¹. Ainsi *Ross c. Dunstall* ne peut fonder une discussion en matière de divorce ou d'hypothèque. Comme le dit encore Eco, « en général [un texte] désire être interprété avec une marge suffisante d'univocité »⁷². Au-delà de ces cas

68. MONTAIGNE, « Essais » in *Oeuvres complètes*, Paris, Gallimard [Coll. *La Pléiade*], 1962, liv. II, c. XII, p. 584.

69. Stanley FISH, *Doing What Comes Naturally*, Durham, N.C., Duke University Press, 1989, pp. 98 et 108, respectivement.

70. Roland BARTHES, *Le plaisir du texte*, Paris, Seuil, 1973, pp. 100-01 (les caractères italiques sont de l'auteur).

71. U. ECO, *op. cit.*, note 66, p. 6.

72. *Id.*, p. 64. Il n'en va pas autrement lorsqu'on est mis en présence d'un contrat. Là encore, le juge qui, par exemple, procède à une révision judiciaire du contrat, se voit contraint par le texte. Voir Pierre LEGRAND, « The Case for Judicial Revision of Contracts in French Law (And Beyond) », (1989) 34 *McGill L.J.* 908, p. 929.

marginaux, Fish situe la source de ces contraintes dans la notion de « communauté interprétative » à laquelle le lecteur appartient :

interpretation is a *structure* or constraints, a structure which, because it is always and already in place, renders [...] unimaginable the independent and freely interpreting reader.⁷³

Ainsi il s'agit d'écarter deux positions extrêmes. L'on ne saurait retenir que *Ross* ne dit rien et que tout reste à découvrir pour le lecteur; l'intervention interprétative de ce dernier n'est pas absolue. L'on ne saurait pas davantage conclure que *Ross* dit tout et qu'il n'y a qu'à le lire pour en saisir la portée; le lecteur n'est pas engoncé dans un carcan. Parce que le véritable arrêt *Ross c. Dunstall* m'est nécessairement inaccessible, ma lecture ne peut tendre qu'à le rejoindre de manière asymptotique. *A priori*, elle se propose donc comme une interprétation parmi tant d'autres. Elle n'est pas vérifiable, en ce sens qu'elle ne peut être prouvée *vraie*. En quoi puis-je prétendre qu'elle se rapproche, fut-ce approximativement, de la signification endogène de l'arrêt *Ross* mieux que ne le font d'autres interprétations concurrentes? Je suggère que celle des interprétations qui jouit du plus haut degré de corroboration dans la surface signifiante objective du texte, c'est-à-dire celle qui entraîne le moindre nombre d'inconséquences textuelles, mérite ce statut. C'est elle qui, le mieux, se conforme aux faits, qui, le mieux, se rapproche de la fuyante vérité. En d'autres termes, c'est, paradoxalement, l'interprétation qui a le moins l'allure d'une interprétation, c'est-à-dire qui, le mieux, fait figure de reflet du sens clair et net du texte, qui l'emportera. C'est cette interprétation qui déterminera, en dernière analyse, le sens du texte qu'on utilisera comme pis-aller en l'absence du sens endogène.

Le processus de sélection de l'interprétation devant prévaloir commande un certain détachement. Certes, chaque juriste fera valoir son contexte. L'on verrait mal, par exemple, que la faveur ou la défaveur que se mérite à ses yeux la thèse de l'option oriente l'évaluation que ferait le juriste des interprétations en présence. Il doit rester, comme l'écrit encore Eco, un « lecteur coopérant »⁷⁴.

Mon objectif était ici de proposer une lecture de *Ross c. Dunstall* qui, mieux que d'autres, se conformerait à la signification endogène du texte

73. S. FISH, *op. cit.*, note 69, p. 98. Voir aussi, pour un panorama de l'évolution de sa pensée par l'auteur, Stanley FISH, *Is There a Text in This Class?*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980, pp. 1-17. S'agissant de cette notion de « communauté interprétative », Sugarman souligne avec justesse que chaque communauté recèle à son tour une multitude de mentalités qui rend la détermination de ce qui fait l'objet du partage culturel interne particulièrement difficile à cerner. Voir David SUGARMAN, « Texts, Contexts and Interpretive Communities: A Comment on Regina Ogorek » in Christian JOERGES et David M. TRUBEK, éd., *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, Nomos, 1989, p. 44.

74. U. ECO, *op. cit.*, note 66, p. 7 et *passim*.

qui en fait l'objet. La mémoire collective devenant plus rétive avec les années, il convenait de renouer avec ce qui me paraît être l'intégrité de *Ross c. Dunstall*. L'originalité de mon propos n'étant pas dans le thème, j'espère qu'on l'aura trouvée en tant soit peu dans les conclusions. Cette décision, selon moi, répond « non » à l'option entre les régimes de responsabilité civile et dit « oui » à l'obligation non contractuelle de renseignement. Que ces propositions ne soient pas énoncées aussi nettement qu'on l'eût souhaité, je n'en disconviens pas. Il reste que ce sont bien là les deux leçons de la Cour suprême du Canada de l'entre-deux-guerres. Se refuser à l'admettre, comme l'on fait de nombreux tribunaux et certains auteurs, c'est confirmer que la portée d'une décision ne relève pas tant de ce qui s'y est écrit que de ce qu'on prétendra par la suite qui y aurait été écrit. Ainsi Llewellyn faisait grand cas de la distinction entre « the ratio decidendi, the court's own version of the rule of the case, and the true rule of the case, to wit, what it will be made to stand for by another later court »⁷⁵. C'est le lieu de citer Montaigne : « Il y a plus affaire à interpréter les interprétations qu'à interpréter les choses, et plus de livres sur les livres que sur autre sujet : nous ne faisons que nous entregloser »⁷⁶.

La lecture déviante qu'on a trop souvent suggérée de l'arrêt *Ross c. Dunstall* appelle en outre quelques observations relatives au processus adjudicatif même. La *possibilité* même de cette lecture confirme que la formulation, par le juge ou par le chercheur, d'un *ratio decidendi* ne relève pas d'une seule technique qu'on appliquerait par automatisme et qui ne laisserait aucune place à des valeurs sous-jacentes. Au vrai, la question qui se pose au juriste ne relève pas tant de l'identification du *ratio* de la décision antérieure que de la détermination du rôle qu'il convient de faire jouer aux divers arguments, comme à leurs ambiguïtés, mis de l'avant dans cette décision même et ce, au vu des circonstances nouvelles. Mais cette détermination n'est ni arbitraire, ni irrationnelle. Elle reflète plutôt l'adhésion à des valeurs politiques dont la concrétisation passe par une certaine lecture du matériel à faire le droit. L'instrumentalisme qui a prévalu dans l'interprétation qu'on a trop fréquemment donnée de *Ross c. Dunstall* reflète ainsi un altruisme qui se traduit par une volonté de protéger la victime d'un préjudice au-delà même de la protection qu'elle avait choisi de se donner à elle-même en s'autorisant du régime contractuel. Ce qui étonne, c'est que la lecture entraînant ce résultat n'était pas incompatible avec la reconnaissance d'une obligation non contractuelle de renseignement. Pourquoi donc cette obstination de la communauté juridique à ignorer cet aspect de la décision ? Au-delà de la circonspection avec laquelle celle-ci accueille traditionnellement l'idée nouvelle, il reste à retenir la possibilité

75. KARL N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, New York, Oceana, 1951, p. 53 (les caractères italiques sont de l'auteur).

76. MONTAIGNE, « Essais » in *Oeuvres complètes, op. cit.*, note 68, liv.III, c. XIII, p. 1045.

d'un attachement délibéré aux valeurs de l'individualisme qui cadrerait mal avec l'imputation à un justiciable d'une obligation d'en renseigner un autre⁷⁷. Quoi qu'il en soit, il nous est donné de constater, ici encore, que tant le juge que le chercheur contribuent à la construction de ce qu'ils étudient. C'est là une constatation dont l'importance n'est pas négligeable lorsqu'on sait la persistance des canons du formalisme en droit québécois contemporain.

77. Voir C. ATIAS, *op. cit.*, note 61, n° 48, p. 88, où l'auteur insiste sur le rôle de créateur de la doctrine lorsqu'elle se fait fort de « ravalier au rang de ces arrêts d'espèce qui ne doivent pas faire jurisprudence » une décision donnée.