

# Nouveau code civil, discrétion administrative et responsabilité extracontractuelle de l'État et des personnes morales de droit public: concepts et pratique

Jacques Hardy\*

## Introduction

Le droit de la responsabilité civile, tant contractuelle qu'extracontractuelle, de l'Administration, a toujours posé des problèmes particuliers et difficiles. Il a donné lieu, ces dernières années, à des développements jurisprudentiels importants en droit canadien autant que québécois.

Par ailleurs, entrera en vigueur d'ici quelque temps le Code civil du Québec, adopté le 18 décembre 1991, lequel contient à cet égard quelques dispositions intéressant l'Administration.

Le présent texte, après une brève revue des axes majeurs de la jurisprudence récente, s'attardera particulièrement à la compréhension de ce qui est maintenant devenu une règle incontournable en matière de responsabilité de l'Administration, soit la maintenant célèbre distinction *policy-operation*, d'origine anglaise. Nous profiterons de l'occasion pour nous livrer à une analyse critique de ses fondements.

Vu l'importance de la pièce législative en cause, le Code civil du Québec retiendra aussi notre attention, et nous tenterons de voir

---

\* Notaire, Direction des affaires juridiques (Affaires municipales), ministère de la Justice.

quels pourraient être ses impacts dans ce domaine précis de notre étude.

## I- Préliminaires

### A. *Droit applicable*

L'on sait à quel point, depuis plusieurs décennies déjà, la jurisprudence a fait la vie dure à notre bonne vieille maxime anglaise selon laquelle *The King can do no wrong*. De manière parfois intuitive et sur des bases relevant souvent de l'équité, les juges de droit civil et de common law réussissent depuis longtemps à rendre les gouvernements responsables des préjudices que leurs actes peuvent occasionner.

Les nombreux soubresauts de la jurisprudence en cette matière font l'objet d'une doctrine abondante. L'objet du présent texte n'est donc pas de faire une analyse exhaustive de l'ensemble du droit applicable en matière de responsabilité civile extracontractuelle de l'État et des personnes morales de droit public. Néanmoins, nous en ferons un bref survol dont le but est de mettre en contexte l'objet précis de notre étude, auquel nous nous attaquerons spécifiquement au chapitre II.

Au Québec, l'abolition de l'immunité délictuelle de la Couronne remonte à l'arrêt *R. c. Cliche*<sup>1</sup> de 1935. Dans cet arrêt, la Cour suprême consacrait l'interprétation large donnée à l'article 1011 de l'ancien Code de procédure civile du Québec, dont l'origine remonte à 1883<sup>2</sup>. Ainsi, cette décision, à partir d'une disposition dont le but premier était de mettre de côté la prérogative relative à l'immunité de poursuite et de permettre, au moyen de la pétition de droit, l'assignation de la Couronne devant ses propres tribunaux, constituait le point de départ de la règle jurisprudentielle selon laquelle la Couronne du Québec était «désormais responsable de ses actes dommageables, au même titre que les particuliers»<sup>3</sup>. L'administré demeurait toutefois soumis à la procédure contraignante de la pétition de droit,

1. [1935] R.C.S. 561.

2. *Acte concernant la pétition de droit*, S.Q. 1883, c. 27, article 2, entré en vigueur en 1897 (S.Q. 1897, c. 48); cet article 2 fut inséré au Code de procédure civile du Bas-Canada lors de la refonte de 1880. Voir: R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, P.U.L., 2<sup>e</sup> édition, T. III, p. 721, note 52.

3. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, p. 724; P. GARANT, *Droit administratif*, Éditions Yvon Blais Inc., 3<sup>e</sup> édition, vol. 2, p. 464 et s. Cette affirmation ne s'applique toutefois pas aux «corporations politiques», à cause de l'article 356 C.c.B.-C. (voir *infra*, c. III).

en vertu de laquelle la Couronne elle-même pouvait lui refuser tout recours. Cette situation n'a été corrigée qu'en 1966, lors de l'adoption du nouveau Code de procédure civile<sup>4</sup>.

Le principe posé, une abondante jurisprudence explorant toutes les facettes et fondements de la responsabilité civile extracontractuelle de l'Administration a vu le jour<sup>5</sup>. En ce qui concerne l'Administration décentralisée québécoise (principalement les municipalités), une difficulté particulière quant à la détermination du droit applicable résidait dans l'interprétation à donner à l'article 356 du Code civil du Bas-Canada. C'est donc de façon concurrente que se sont développées, d'une part, les règles applicables à l'Administration elle-même et, d'autre part, celles applicables aux municipalités en vertu notamment de l'article 356.

De fait, l'article 356 du Code civil, qui énonce que:

356. Les corporations séculières se subdivisent encore en politiques et en civiles. Les politiques sont régies par le droit public, et ne tombent sous le contrôle du droit civil que dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement.

Les corporations civiles étant par le fait de l'incorporation rendues personnes morales ou fictives, sont, comme telles, régies par les lois affectant les individus, sauf les privilèges dont elles jouissent et les incapacités dont elles sont frappées.

a toujours été interprété par la doctrine comme signifiant que les municipalités sont régies par le Code civil en matière de responsabilité civile extracontractuelle, même si, jusqu'à récemment, personne n'avait vraiment étudié cette question en profondeur<sup>6</sup>. La jurisprudence suivait majoritairement ce courant, mais manifestait plus de circonspection, faisant parfois intervenir des règles de droit public dans la solution des litiges<sup>7</sup>.

4. Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25, art. 94; pour un bref mais éclairant exposé sur ce sujet précis, voir J.D. ARCHAMBAULT, «Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec», *Actes du Colloque annuel de la Société de droit administratif du Québec*, 1991.

5. À ce sujet, nous renvoyons le lecteur au texte de notre collègue, M<sup>e</sup> Carole SOUCY, publié dans le présent recueil.

6. Voir à ce sujet J. L'HEUREUX, «Sources du droit et règles applicables en matière de responsabilité extra-contractuelle au Québec», (1985) 16 *R.G.D.* 131, 133.

7. Voir notamment M. McNICOLL, «La responsabilité civile délictuelle des municipalités en matière d'entretien des rues et des trottoirs pendant l'hiver», (1982) 23 *C. de D.* 135; M. McNICOLL, «La responsabilité civile délictuelle des municipalités en matière de combat des incendies», (1983) 24 *C. de D.* 379.

L'effervescence jurisprudentielle des dernières années en cette matière dans les pays de droit public britannique culminait, en ce qui nous concerne, avec l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada, en 1989, dans l'affaire *Laurentide Motels c. Ville de Beauport*<sup>8</sup>.

Deux importantes questions retiendront notre attention dans cet arrêt: l'interprétation que l'on y donne de l'article 356 et l'application en droit public québécois de la distinction entre les actes de nature politique et ceux de nature opérationnelle, développée par la jurisprudence dans les juridictions de common law. Ces deux questions sont intimement, voire inextricablement reliées, comme nous le verrons.

L'article 356 a toujours fait partie du paysage en droit québécois, ce qui n'est pas le cas de la «distinction»; c'est pourquoi nous proposons d'abord un très bref périple à travers les péripéties jurisprudentielles qui ont mené à son introduction dans le droit québécois.

### **B. La «distinction»: naissance et introduction en droit canadien et québécois**

#### *Naissance*

L'arrêt de principe sur cette question a été rendu par la Chambre des Lords dans l'affaire, maintenant célèbre, de *Anns v. London Borough of Merton*<sup>9</sup>. Jusque-là, les tribunaux avaient toujours été très réticents à accorder réparation pour un préjudice causé par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, exigeant l'existence d'une faute «qualifiée» alors que la faute simple suffisait lorsqu'il y avait obligation statutaire d'agir. C'est ce que les auteurs appellent l'opposition pouvoir/devoir<sup>10</sup>.

Lord Wilberforce, dans l'affaire *Anns*, avance prudemment sur un nouveau territoire sur lequel il semble avoir conscience d'être en mission de reconnaissance:

8. [1989] 1 R.C.S. 705.

9. [1978] A.C. 728. Toutefois, le virage avait été amorcé par la même instance quelques années auparavant: *Home office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, [1970] 2 All E.R. 294. De plus, selon R. DUSSAULT et L. BERGEAT, cette distinction existait déjà aux États-Unis (*op. cit.*, p. 980); voir aussi l'autorité citée: P.P. CRAIG «Negligence in the exercise of a Statutory Power», (1978) 94 *L.Q. Rev.* 428, 442 et s.

10. Voir notamment M. McNICOLL, «La réparation: une question de contrôle judiciaire», [1986] 32 *R. de D. McGill* 187, 194. En jurisprudence, voir: *East Suffolk River Catchment Board v. Kent*, [1941] A.C. 74.

Most, indeed probably all, statutes relating to public authorities or public bodies, contain in them a large area of policy. The courts call this «discretion», meaning that the decision is one for the authority or body to make, and not for the courts. Many statutes, also, prescribe or at least presuppose the practical execution of policy decisions: a convenient description of this is to say that in addition to the area of policy or discretion, there is an operational area. Although this distinction between the policy area and the operational area is convenient, and illuminating, it is probably a distinction of degree: many «operational» powers or duties have in them some element of «discretion». *It can safely be said that the more «operational» a power or duty may be, the easier it is to superimpose on it a common law duty of care.*<sup>11</sup>

L'assurance manifestée par Lord Wilberforce dans le passage que nous avons souligné, et qui exprime le principe de la responsabilité accrue dans la sphère «opérationnelle» des actes de l'Administration, contraste avec la circonspection dont il fait preuve à l'égard du contenu substantif de la distinction entre les actes de nature «politique» et ceux de nature «opérationnelle», laissant ainsi porte ouverte à cet égard.

#### *Droit canadien*

Néanmoins, le droit canadien s'est rapidement emparé de ce nouveau paramètre à l'occasion de deux décisions de la Cour suprême qui font autorité en la matière.

La première, *Barratt c. North Vancouver*<sup>12</sup>, tout en ne se détachant pas complètement de l'ancienne dichotomie pouvoir/devoir<sup>13</sup>, applique clairement la distinction imaginée par Lord Wilberforce:

La méthode qu'elle (la municipalité) a choisie pour exercer ce pouvoir est une question de politique qu'il lui appartenait 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 autre.<sup>14</sup>

En l'espèce, le plaignant, blessé parce que sa roue de bicyclette s'était enfoncée dans un nid-de-poule, poursuivait la municipalité pour défaut d'avoir bien exercé son pouvoir d'entretenir la rue.

11. *Op. cit.*, note 9, p. 754.

12. [1980] 2 R.C.S. 418.

13. «La municipalité, un corps public, a exercé son pouvoir d'entretenir *Marine Drive*. La Loi ne l'obligeait pas à le faire». *Id.*, p. 428.

14. *Ibid.*

La deuxième affaire, *Kamloops c. Nielsen*<sup>15</sup>, consacre formellement l'applicabilité, en common law canadienne, des principes de l'arrêt *Anns*, en reprenant d'ailleurs la terminologie utilisée par Lord Wilberforce. Cette affaire est intéressante à plusieurs égards, et nous aurons l'occasion d'y revenir, notamment parce qu'elle exprime les premières opinions de notre plus haute Cour sur la substance de la distinction issue de l'affaire *Anns*. Pour l'instant, retenons simplement qu'à partir de cette affaire, la common law canadienne s'est officiellement enrichie d'un nouveau paramètre pour évaluer la responsabilité des administrations publiques.

### *Droit québécois*

Dès lors, ce n'était plus qu'une question de temps avant que notre plus haute Cour se prononce sur l'applicabilité des principes de *Anns* au Québec, ce qui, comme on le sait, fut fait en 1989 avec la décision rendue dans l'affaire *Laurentide Motel c. Ville de Beauport*<sup>16</sup>.

Cette décision est, évidemment, particulièrement importante puisqu'elle aborde explicitement la difficile question de l'applicabilité au Québec des principes de *Anns* en relation avec l'interprétation à donner à l'article 356 (C.c.B.-C.). Nous aurons l'occasion d'y revenir.

## **II- L'exercice de la discrétion administrative: nature et fondement de la distinction entre l'action de niveau «politique» et l'action de niveau «opérationnel»**

L'affaire *Anns*<sup>17</sup> n'a ni plus ni moins que procuré aux juristes de tradition britannique une nouvelle base conceptuelle sur laquelle édifier la théorie de la responsabilité extracontractuelle de la puissance publique pour ses actes administratifs. Ce nouveau paradigme consiste à distinguer entre les actes administratifs de niveau *politique* et ceux de niveau opérationnel, et est connu en langue anglaise sous la simple appellation de distinction *policy/operation*.

Cette distinction a fait l'objet de nombreux commentaires, tant doctrinaux que jurisprudentiels. Évidemment, la jurisprudence est aux prises avec la tâche d'en préciser la substance concrète, tandis que les auteurs doivent en plus contribuer à l'établissement de sa base théorique, tout en se permettant parfois une approche critique. Ainsi, un auteur croit que les discussions savantes autour de cette

15. [1984] 2 R.C.S. 2.

16. Précitée, note 8.

17. Précitée, note 9.

distinction ne sont qu'un «verbiage» destiné en fait à accroître simplement la responsabilité des autorités publiques sur la base du principe que les individus qui souffrent des décisions prises dans l'intérêt public doivent être indemnisés<sup>18</sup>. Un autre auteur va jusqu'à affirmer qu'à son avis, cette distinction est «*at best unhelpful and at worst confusing*»<sup>19</sup>, ce qui, on en conviendra, contraste avec l'affirmation de Lord Wilberforce selon laquelle cette distinction est «*illuminating*»<sup>20</sup>. Les opinions sur la valeur intrinsèque de cette distinction sur le plan théorique sont donc assez partagées, et d'ailleurs, la jurisprudence britannique et australienne aurait manifesté beaucoup moins d'enthousiasme à son endroit que la jurisprudence canadienne<sup>21</sup>. Nous tenterons dans les quelques pages qui suivent d'en cerner les fondements conceptuels.

#### A. *Fondement conceptuel et nature juridique de la distinction*

Comme point de départ d'une réflexion sur le fondement conceptuel de la distinction, il n'est pas inutile de remonter directement à la source, c'est-à-dire aux propos de Lord Wilberforce dans l'affaire de principe sur la question<sup>22</sup>:

I do not think that a description of the council's duty can be based upon the «neighbourhood» principle alone or upon merely any such factual relationship as «control» as suggested by the Court of Appeal. So to base it would be to neglect an *essential factor which is that the local authority is a public body*, discharging functions under statute: its powers and duties are definable in terms of public not private law. The problem which this type of action creates, is to define the circumstances in which the law should impose, over and above, or perhaps alongside these public law powers and duties, a duty in private law towards individuals such that they may sue for damages in a civil court. It is in this

- 
18. [...] le principe de «l'égalité devant les charges publiques». Voir Larry A. REYNOLDS et David A. HICKS, «New directions for the civil liability of public authorities in Canada», (1992) 71 *R. du B. can.* 1, p. 25. Le juge La Forest, dans une opinion dissidente, ne ferme pas la porte à une telle philosophie: «The public authority, unlike its hapless victim, is in a position to defray the cost by spreading it among all subscribers to the system». *Took c. St John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181, 1198. Voir aussi *Manitoba Fisheries c. R.*, [1979] 1 R.C.S. 101.
19. K. WOODALL, «Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation», (1992) 37 *R. de D. McGill* 83, 87.
20. *Supra*, note 9, p. 754.
21. «In England the policy-operational distinction simply faded away after *Anns*. In Australia it never really took hold.» K. WOODALL, *op. cit.*, p. 97.
22. *Anns, op. cit.*, p. 754.

context that the distinction sought to be drawn between duties and mere powers has to be examined.

N'ayons pas peur d'affirmer ce qui apparaît comme une évidence mais qu'il importe de rappeler et de garder en mémoire: la substance du fondement conceptuel de l'immunité gouvernementale doit, avant toute chose, reposer sur une base qui soit spécifiquement applicable à un gouvernement. Nul doute en effet que des considérations d'ordre «politique», au sens de «manière concertée de conduire une affaire»<sup>23</sup>, peuvent gouverner des «corps privés» dans leur action sans pour autant qu'ils profitent d'une quelconque immunité de responsabilité<sup>24</sup>.

C'est donc dans une autre acception du terme «politique» qu'il faut appliquer la distinction *policy/operation* telle qu'appliquée depuis par la jurisprudence, c'est-à-dire dans l'acception relative à l'«Art et pratique du gouvernement des sociétés humaines»<sup>25</sup>. Il n'est pas nécessaire d'entrer dans la difficile question de la définition des corporations politiques, publiques ou civiles<sup>26</sup> pour comprendre que Lord Wilberforce, en l'occurrence, avait effectivement affaire à un corps *politique* (une municipalité), et que, la jurisprudence n'ayant pas abordé la question de l'applicabilité de la distinction à des corps autres que politiques, nous ne comptons pas argumenter sur l'applicabilité de ces principes à des corps qui sont publics sans être politiques. Et l'on ne songera pas à mettre en question le fait que la raison d'être fondamentale de l'immunité des gouvernements réside justement dans le caractère public au sens *gouvernemental* de leur activité, ce qui, sans être directement affirmé par la Cour suprême, reste en filigrane de ses motifs notamment dans l'affaire *Kamloops*<sup>27</sup>:

Public authorities have to strike a balance between the claims of efficiency and thrift and whether they get the right balance can only be decided through the ballot box and not in the courts.

23. *Petit Robert*, 1984, p. 1476, dans la quatrième acception du substantif «politique».

24. De fait, les tribunaux retiennent la responsabilité des corporations privées pour des actes relevant de la «politique» dans ce sens du terme. Cette question est abordée de façon intéressante par R.D. GIBSON, «Developments in Tort Law: the 1983-84 Term», (1985) 7 *Sup. C.L.R.* 387, 402-403.

25. *Petit Robert*, *op. cit.*, note 23, dans la première acception du terme.

26. [...] ce qu'aura fait mon collègue, M<sup>e</sup> Robert Desroches. Voir aussi l'article 356 C.c.B.-C.

27. *Supra*, note 15, p. 9.



Dans les termes du professeur L'Heureux:

Une disposition législative accordant à une municipalité un pouvoir discrétionnaire de nature politique nous paraît être une disposition législative qui écarte implicitement les règles de droit civil, y compris celles touchant à la responsabilité extra-contractuelle, relativement à la décision même d'exercer ou de ne pas exercer ce pouvoir et relativement à l'établissement des politiques en question. Le pouvoir a été donné à la municipalité et non aux tribunaux. Ces derniers ne doivent donc pas se substituer à elle. Sur le plan plus général, *les tribunaux ne doivent pas se substituer aux élus municipaux pour décider de l'opportunité d'exercer tel ou tel pouvoir discrétionnaire de nature politique, ni pour décider de l'opportunité d'établir telle politique plutôt que telle autre. Le faire serait contraire à la loi. Le faire serait, de plus, contraire à la démocratie et au but fondamental des institutions municipales qui est de permettre à la population d'un territoire local de diriger elle-même ses propres affaires.*<sup>28</sup>

Voilà la raison d'être de l'immunité relative de l'État en matière de responsabilité extracontractuelle: ce sont les élus, et pas les tribunaux, qui ont pour fonction de gouverner<sup>29</sup>.

Pourtant, on le sait, cette immunité, pour l'État lui-même, est de moins en moins étanche; quant aux municipalités, leur immunité, qui a toujours été plus faible à cause d'une disposition spécifique dans notre Code civil (l'article 356), elle doit maintenant être évaluée à l'aune du caractère *politique* de leurs décisions, et ce, selon les mêmes critères que ceux applicables à l'État. Dans les deux cas, cette immunité s'effondre lorsque les actes reprochés relèvent du domaine *opérationnel* de leurs activités. Et, comme nous le verrons, selon la jurisprudence existante, l'acte administratif doit nécessairement tomber dans l'une des deux catégories; en d'autres termes, la *distinction* doit embrasser la totalité des actes administratifs de l'État et ses composantes, sans égard pour les zones grises. L'avenir nous dira si les tribunaux sauront l'enrichir de sous-catégories tenant compte de la diversité des actes administratifs imaginables. Pour l'instant, retenons que, selon cette philosophie, l'acte qui ne fait pas partie de la catégorie *politique* tombe automatiquement sous la catégorie *opérationnelle*<sup>30</sup>, ouvrant ainsi la porte à la

28. J. L'HEUREUX, «Sources du droit...», *supra*, note 6, p. 142.

29. Précisément sur cette question, il est intéressant de consulter: L. Neville BROWN et M. McNICOLL, «Le juge: censeur de l'action de l'administration», (1984) 25 *C. de D.* 451.

30. [...] et vice-versa.

responsabilité<sup>31</sup>. D'où l'importance de définir des critères de qualification.

### **B. La qualification**

Sans prétendre atteindre la «substantifique quintessence» de la distinction entre les actes administratifs à caractère politique et ceux relevant du domaine opérationnel, nous tenterons, dans les lignes qui suivent, de préciser les contours de son essence. Et comme, ainsi que nous l'avons dit précédemment, cette distinction, en somme, embrasse l'ensemble de la réalité administrative, il suffira, pour fins de développement, de qualifier l'essence de l'acte politique, ce qui permettra de déterminer les actes qui, ne relevant pas du domaine politique de l'action administrative, relèvent par conséquent du domaine opérationnel de cette action. Nous tenterons donc, sans prétention, de répondre à la question: qu'est-ce que l'essence<sup>32</sup> d'un acte politique donnant lieu à l'immunité de l'Administration? Nous commencerons par quelques réflexions sur la nature de l'acte.

#### *1) l'acte législatif ou réglementaire vs l'acte administratif*

L'on sait que les circonstances qui permettraient d'envisager la responsabilité de l'Administration pour un préjudice causé par l'exercice de son pouvoir législatif ne se sont pas encore présentées<sup>33</sup>. En effet, «il est impensable que le Parlement puisse être déclaré responsable civilement en raison de l'exercice de son pouvoir législatif»<sup>34</sup>. Pourtant, cela est un peu moins impensable lorsqu'il s'agit d'un organisme exerçant des fonctions législatives déléguées, puisque cela a été discuté par la jurisprudence<sup>35</sup>. Dans ce cas, la responsabilité est envisageable, moyennant faute «qualifiée»<sup>36</sup>.

Il peut sembler surprenant que l'on aborde cette question dans le cadre d'un texte portant sur le volet administratif des actes de l'Administration. Nous nous permettons cette courte digression qui

31. Inutile de rappeler ici qu'il ne s'agit pas d'appliquer une présomption de responsabilité, mais seulement de mettre de côté l'immunité applicable à l'Administration: la responsabilité de celle-ci doit encore être démontrée.

32. «Essence: 1<sup>o</sup> (...); 2<sup>o</sup> Cour. Ce qui fait qu'une chose est ce qu'elle est et ce sans quoi elle ne serait pas; ensemble des caractères constitutifs et invariables». *Petit Robert, op. cit.*, p. 693.

33. Voir R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, p. 959 et s.; GARANT, *Droit administratif, op. cit.*, p. 519 et s.

34. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *id.*, p. 959.

35. *Welbridge Holdings Ltd. c. The Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 95.

36. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, p. 963-966.

nous permettra certaines distinctions et réflexions. En effet, l'acte législatif est sans contredit le geste *politique* par excellence de l'Administration. Cela explique sans doute l'étanchéité presque parfaite des immunités que la jurisprudence lui reconnaît à cet égard. Le dictum de la Cour suprême dans l'affaire *Welbridge Holdings Ltd.*<sup>37</sup> semble définitif:

Au niveau qu'on pourrait appeler celui des opérations, une municipalité n'est pas la même qu'au niveau législatif ou quasi judiciaire où elle exerce un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi. Elle peut alors (tout comme une législature provinciale ou le Parlement du Canada) excéder ses pouvoirs, ainsi que le penserait finalement un tribunal, bien qu'elle ait suivi le conseil d'avocats. Dans ces circonstances, *il serait inconcevable qu'on puisse dire qu'elle a une obligation de diligence qui entraîne sa responsabilité pour dommages si elle y manque.* «L'invalidité n'est pas le critère de la faute et ne devrait pas être le critère de la responsabilité» (TRADUCTION): voir Davis, 3 *Administrative Law Treatise*, 1958, p. 487.

Donc, selon un auteur, la responsabilité de l'Administration dans le cadre de l'exercice de son pouvoir législatif est «impossible»<sup>38</sup>, alors que, selon le regretté juge Laskin de la Cour suprême, elle est «inconcevable». Cela tombe sous le sens, mais encore? Selon le professeur Garant, «ramener le régime de responsabilité pour l'exercice de fonction réglementaire à la notion de faute simple, c'est faire assumer par l'Administration un fardeau très lourd qui risque de freiner considérablement *les initiatives législatives ou réglementaires prises dans l'intérêt général*»<sup>39</sup>. C'est en effet un argument péremptoire, mais qui relève du pragmatisme. Le pragmatisme n'est évidemment pas interdit en droit substantif; cependant, derrière tout argument de cette nature se profilent des motifs immanents. Par hasard, ces motifs sous-jacents ne seraient-ils pas extrêmement ressemblants avec ceux qui serviraient à qualifier *l'acte administratif politique* au sens de la *distinction*? Et, en conséquence, ne serait-il pas possible d'avancer qu'il peut y avoir un domaine *politique* et un domaine *opérationnel* tant dans l'action législative de l'État que dans son action administrative?

Cette piste, qui apparaîtra audacieuse à d'aucuns, démontre bien, à notre avis, le besoin de bien clarifier les concepts. Et d'ailleurs

37. Précitée., note 35.

38. *Supra*, note 34.

39. P. GARANT, *op. cit.*, p. 521. Cependant, voir les auteurs DUSSAULT et DUPÈRE: «Nous soumettons que l'adoption d'un règlement illégal constitue une faute de l'Administration et qu'en conséquence, le particulier ne devrait pas avoir à supporter le préjudice qui peut en résulter», (1970) 11 *C. de D.* 199, 216.

la Cour d'appel du Québec nous en donne un bon exemple dans l'affaire *Marcoux c. La ville de Plessisville*<sup>40</sup>; dans cette affaire, il s'agit, selon les termes des auteurs Dussault et Borgeat, d'un «litige mettant en cause la responsabilité de la ville intimée en raison de la nullité de l'engagement qu'elle avait pris par règlement d'acheter certains terrains à l'appelant»<sup>41</sup>. Le juge Lajoie déclare:

Mais il est aussi un principe que je formulerais ainsi: à moins qu'une disposition législative n'édicte clairement, ou par inférence d'intention, la responsabilité de la municipalité en pareil cas, ou à moins d'une preuve que la corporation a agi de mauvaise foi, frauduleusement ou avec une intention dolosive envers la victime, elle ne sera pas responsable des dommages causés à autrui dans le *prétendu* exercice de son pouvoir législatif par l'adoption ou l'exécution d'une réglementation *ultra vires* et nulle ou des contrats faits en vertu de celle-ci.<sup>42</sup>

Il y a là, à notre avis, une certaine confusion. L'engagement de la municipalité a beau avoir été pris par règlement, on cherchera longtemps, dans cet engagement, l'initiative «réglementaire prise dans l'intérêt général» au sens où on l'entend normalement lorsque l'on parle de l'exercice du pouvoir législatif, c'est-à-dire au sens *normatif* du terme. On sent d'ailleurs que le juge Lajoie en est conscient, par l'utilisation du mot «prétendu», souligné dans notre citation. Si la municipalité avait accordé le contrat par résolution, le jugement de la Cour aurait-il été différent? Pure spéculation, évidemment, mais ce que l'on peut croire sans trop s'avancer, c'est que la discussion se serait alors déroulée sur le terrain administratif plutôt que législatif, et l'argument préemptoire de l'immunité dans l'exercice des pouvoirs législatifs et réglementaires n'aurait été d'aucune utilité; dans ce cas, si cette affaire se déroulait dans l'ère post-*Laurentide*, on peut supposer que la Cour aurait recours à la *distinction*<sup>43</sup>.

Si l'on revient à la question que nous posions précédemment<sup>44</sup>, cette affaire met en lumière un élément de réponse: l'importance de s'attacher à la *nature essentielle* de l'acte reproché, plutôt qu'au *véhicule* utilisé; et cela est particulièrement important pour un grand nombre d'organismes, notamment les municipalités, obligées par la

40. [1973] R.P. 385.

41. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, p. 964.

42. *Supra*, note 40, p. 395-396.

43. [...] ce qui, bien sûr, aurait pour effet d'établir un rapport étroit entre les domaines délictuel et contractuel de responsabilité, ce dont on ne peut présumer.

44. [...] qu'est-ce que l'essence d'un acte politique donnant lieu à l'immunité de l'Administration?

loi d'utiliser abondamment la voie réglementaire pour poser des actes essentiellement administratifs, et ce pour des motifs de procédure<sup>45</sup>. Il faut donc, à note avis, se garder d'accorder toute la place à l'immunité législative à la seule vue du mot «règlement».

Mais revenons à notre propos: nous faisons l'hypothèse que la base du caractère *politique* d'un acte administratif, au sens de la *distinction*, rejoint l'essence politique du geste législatif au sens normatif, et qu'un tel acte, pour être ainsi qualifié, doit constituer l'exercice d'un pouvoir *discrétoire*, viser l'établissement d'une *norme d'application générale et impersonnelle*, et être motivé par des *considérations relatives à l'électorat et à la bonne administration publique*. Nous étudierons maintenant chacun de ces éléments à la lumière de la jurisprudence existante.

## 2) *Le critère de la discrétion*

D'entrée de jeu, nous dirons ceci: la discrétion d'agir ou de ne pas agir, ou la discrétion d'agir dans un sens plutôt que dans un autre, n'est, par elle-même, absolument pas déterminante de la qualification d'un acte en tant que relevant de la *policy* plutôt que de l'*operation* ou *implementation*. Cela reste bien sûr à démontrer.

C'est la première déclaration de principe sur la question, celle de Lord Wilberforce dans l'affaire *Anns*, qui a pu suggérer une certaine équivalence entre la discrétion d'agir et la qualification politique:

Most, indeed probably all, statutes relating to public authorities or public bodies, contain in them a large area of policy. The courts call this "discretion" meaning that the decision is one for the authority or body to make, and not for the courts.<sup>46</sup>

Toutefois, il n'hésite pas, dans le même paragraphe, à tempérer lui-même ses propos:

(...) many "operational" powers or duties have in them some element of "discretion".<sup>47</sup>

Avec un tel départ, il n'est pas surprenant que l'équivalence *discrétion = acte à caractère politique* n'ait pas tenu longtemps<sup>48</sup>.

45. D'ailleurs, l'ubiquité conceptuelle que cette situation occasionne à la notion de règlement mériterait d'être corrigée dans la législation municipale.

46. Déjà cité, voir note 22.

47. *Ibid.*

48. Il est surprenant, par contre, que le texte de K. WOODALL, *op. cit.*, par ailleurs remarquable, semble miser abondamment sur cette équivalence.

Prétendre le contraire équivaudrait à dire qu'à chaque fois que l'agent de la municipalité n'a pas l'obligation statutaire d'agir dans un sens donné (c'est-à-dire qu'il a discrétion), ses actes doivent relever du domaine politique. Si tel était le cas, le jugement *Laurentide* aurait été bien différent.

Au soutien de notre affirmation, nous citerons les passages les plus pertinents de la jurisprudence qui fait autorité, en plus du dernier extrait de l'affaire *Anns* que nous venons de citer.

D'abord, l'honorable juge Beetz:

(...) le pouvoir discrétionnaire conféré par le législateur n'est pas général au point d'exempter l'autorité en question de toute responsabilité à l'égard de ses actes. En effet, lorsque cette autorité pénètre dans la sphère opérationnelle de son pouvoir, c'est-à-dire lorsqu'elle passe à l'exécution pratique de ses décisions politiques, elle est responsable du préjudice causé à un particulier par sa négligence.<sup>49</sup>

Et plus loin, un extrait plus percutant:

Il ne fait pas de doute qu'il existe un pouvoir discrétionnaire dans l'exécution des activités des pompiers. *Mais ce pouvoir discrétionnaire existe dans le domaine opérationnel plutôt que dans celui des politiques et l'exercice de ce pouvoir est en soi une décision qui relève du domaine opérationnel.*<sup>50</sup>

Citons également l'extrait suivant des motifs du juge Wilson, dans l'affaire *Kamloops*, et qui méritera un commentaire:

À mon sens, la passivité non motivée ou mal motivée ne peut être une décision de politique prise dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir discrétionnaire.<sup>51</sup>

Par implication directe: le pouvoir discrétionnaire qui n'est pas exercé au niveau politique de l'action administrative (la «passivité») sera obligatoirement exercé au niveau opérationnel. En effet, en l'absence d'obligation statutaire d'accomplir un acte, celui-ci relève de la discrétion de l'autorité administrative, et en bout de ligne, cette discrétion aura bien été exercée quelque part<sup>52</sup>. Or on sait que dans

49. *Laurentide Motels*, *op. cit.*, p. 722.

50. *Id.*, p. 727.

51. *Kamloops*, précitée, note 15, p. 24.

52. Comme l'affirme le professeur GARANT: «Plus une politique est imprécise, peu ou mal définie, plus large sera la marge de pouvoir discrétionnaire ou d'appréciation au niveau opérationnel», *op. cit.*, p. 533.

cette affaire, la responsabilité de la ville aura été retenue, alors que la discrétion aura été exercée au niveau opérationnel.

Il est donc possible d'affirmer que la présence d'une discrétion d'agir n'est pas en soi source d'immunité, et n'est aucunement déterminante de la qualification politique d'un acte au sens de la distinction. Tout dépend par qui, de quelle façon et à quel moment de l'action ce pouvoir discrétionnaire aura été exercé.

En d'autres termes, le pouvoir discrétionnaire, exercé au bon moment et de façon délibérée, reste à l'abri de l'application des règles de droit privé, alors que, exercé au niveau *opérationnel*<sup>53</sup>, il ne fait pas obstacle à l'application de ces dernières.

Au surplus, observons que l'appréciation du comportement de «bon père de famille», déterminant de la faute en droit privé, ne peut se faire qu'en présence d'un minimum de liberté d'action de la part de l'auteur de l'acte reproché. Par conséquent, affirmer que tous les cas où il y a liberté d'agir (i.e. discrétion) relèvent du domaine politique équivaldrait, dans tous ces cas, à écarter l'application de ce critère, ce qui rendrait, à toutes fins pratiques la *distinction* impraticable.

En résumé, s'il peut difficilement être mis en doute que la discrétion joue un rôle dans l'application d'une immunité de l'Administration en matière de responsabilité, on peut affirmer sans se tromper qu'elle ne peut servir de base à cette immunité en tant qu'élément déterminant, en lui-même, de la qualification politique.

### 3) *L'établissement d'une norme d'application générale et impersonnelle*

L'un des critères qui pourrait servir à qualifier un acte de «politique» est celui de la *généralité*. L'examen de deux décisions nous convaincra cependant, encore une fois, qu'à lui seul ce critère ne saurait être déterminant, même si dans bien des cas il peut certainement contribuer à cette qualification.

Rappelons les faits de l'affaire *Kamloops*.

Un certain M. Nielsen, après avoir acheté une maison, apprend que celle-ci est affectée d'un sérieux problème de fondation. Il apprend

---

53. [...] qui reste, rappelons-le, encore à définir en bonne partie, puisque le critère de la discrétion ne peut servir lui-même à le faire.

également que l'inspecteur municipal, au moment de la construction, avait noté le problème et avait même émis une ordonnance d'arrêt des travaux non conformes à la réglementation municipale. La construction avait quand même été complétée sans qu'aucune action supplémentaire n'ait été prise par la municipalité, et ce malgré le fait que le conseil ait été au courant de la situation. M. Nielsen a poursuivi à la fois le vendeur et la municipalité, cette dernière pour défaut d'avoir fait respecter ses règlements. La municipalité a été tenue responsable pour 25% des dommages.

Dans son jugement, la juge Wilson se permet cette petite phrase:

(...) la ville aurait pu prendre la décision de poursuivre et de demander une injonction. Si elle avait pris l'une ou l'autre de ces mesures, elle ne pourrait être tenue responsable (...). Si elle avait décidé de ne pas prendre, supposons pour des motifs d'ordre financier, alors il s'agirait d'une décision de politique valable dans le contexte de l'exécution et les cours ne devraient pas y porter atteinte.<sup>54</sup>

Ces propos indiquent clairement que, dans ce cas individualisé, si la municipalité avait sérieusement envisagé l'éventualité de prendre une poursuite, la décision prise aurait été considérée par la Cour comme relevant du domaine politique.

Le cas de l'affaire *Just*<sup>55</sup> peut également illustrer le caractère non déterminant du critère de la généralité: dans ce cas, la Cour suprême a refusé de qualifier de «politique» le système d'inspection des routes mis en place par les autorités gouvernementales, considérant que la décision quant à la fréquence, la qualité et les méthodes d'un système d'inspection donné fait plutôt partie de l'aspect «opérationnel» d'une activité gouvernementale.

Nous sommes donc en présence, premièrement, d'une affirmation de notre plus haute Cour qui envisage sérieusement d'accorder la qualification politique à un acte individuel (*Kamloops*), et, deuxièmement, d'une décision de cette même Cour qui refuse cette qualification à une procédure administrative qui revêt tous les attributs de la généralité d'application (*Just*).

Force nous est donc de conclure que, en l'état actuel de la jurisprudence, ce critère ne peut, à lui seul, être déterminant.

54. *Kamloops*, précitée, note 15, p. 23-24.

55. *Just c. C.B.*, [1989] 2 R.C.S. 1228.



4) *Considérations relatives à l'électorat et à la bonne administration publique*

Appliqué au volet administratif de l'action de l'Administration, ce critère pourrait être formulé comme suit: l'immunité pour les actes administratifs à caractère politique ne devrait-elle pas viser que les actes qui sont d'une nature fondamentalement *gouvernementale*? Mais alors, qu'est-ce qu'un tel acte? Ceci ouvre un vaste domaine de discussion, mais nous pouvons donner quelques pistes.

Une décision administrative pourrait être qualifiée comme relevant du domaine «politique» lorsqu'il peut être établi qu'il ne serait pas approprié que cette décision soit révisée par un tribunal plutôt que par l'autorité administrative, ce qui rejoint l'idée générale, exprimée plus tôt, que «...les tribunaux ne doivent pas se substituer aux élus municipaux pour décider de l'opportunité d'exercer tel ou tel pouvoir discrétionnaire de nature politique, ni pour décider de l'opportunité d'établir telle politique plutôt que telle autre»<sup>56</sup>.

Cette affirmation ne fait évidemment pas progresser le débat, puisqu'elle équivaut simplement à exprimer le principe de l'immunité de l'Administration pour ses actes à caractère politique. Toutefois, elle oblige à rechercher les éléments constitutifs d'une décision qui doit ultimement relever de l'Administration elle-même et non des tribunaux.

L'un de ces éléments les plus fondamentaux est l'élément budgétaire, indissociable de la préoccupation, essentiellement gouvernementale, relative à la distribution des ressources communes. Ainsi, si, dans une situation donnée, l'on est naturellement appelé à juger d'une décision, non pas en fonction des critères de «négligence» ou de «comportement du bon père de famille», mais plutôt en fonction des critères de sagesse sociale, de praticabilité administrative ou d'efficacité budgétaire, alors on peut croire qu'il y a de fortes chances que la décision soit inattaquable judiciairement:

Dans les actions en responsabilité délictuelle comme celle dont nous sommes saisis en l'espèce, il y a absence notable de telles normes objectives lorsqu'il s'agit non de négligence, mais de sagesse sociale, non de diligence, mais de faisabilité politique, et non de ce qui est raisonnable mais de ce qui est efficace économiquement. Le droit de la responsabilité délictuelle n'est pas le laboratoire approprié pour tester le bien-fondé de décisions sociales, politiques ou économiques.<sup>57</sup>

56. *Supra*, note 28.

57. *Blessing v. U.S.*, 447, F.S. 1160, 1170, cité dans l'affaire *Just*, précitée, note 55, p. 1240.

Citons aussi l'extrait suivant d'une décision australienne:

Il n'est pas facile de faire la distinction entre les facteurs politiques et opérationnels, mais on pourra tracer la ligne de démarcation si l'on admet qu'une autorité publique n'assume aucune obligation de diligence à l'égard de décisions comportant des facteurs et des contraintes d'ordre financier, économique, social ou politique, ou qui sont dictées par ces derniers. Ainsi, les allocations budgétaires et les contraintes qui en découlent en termes de répartition des ressources ne sauraient donner lieu à une obligation de diligence. Mais il peut en être autrement lorsque les tribunaux sont appelés à appliquer une norme de diligence à un acte ou à une omission qui est simplement le produit d'une directive administrative, de l'opinion d'un expert ou d'un professionnel ou encore de normes techniques ou de la norme générale de ce qui est raisonnable.<sup>58</sup>

Plus précisément, peut-être pouvons-nous avancer que le test effectif est de se demander si l'autorité administrative elle-même, dans l'action qu'on lui reproche, a été guidée, au moins de façon implicite, par de tels motifs.

Cette approche est intéressante parce qu'elle rejoint des opinions exprimées sur des aspects différents du problème: le caractère délibéré d'une décision et l'opposition entre les rapports collectifs vs les rapports individuels avec l'administré.

*Le caractère délibéré d'une décision.* Nous pourrions citer plusieurs ratio, obiter et opinions soutenant le fait que le caractère conscient, réfléchi, délibéré d'une action ou d'une décision contribue fortement à sa qualification en tant qu'acte ou décision à caractère politique, à commencer par l'extrait déjà cité des motifs du juge Wilson dans l'affaire *Kamloops*:

À mon sens, la passivité non motivée ou mal motivée ne peut être une décision de politique prise dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir discrétionnaire.<sup>59</sup>

Et dans *Laurentide Motels*:

Lorsque la municipalité choisit de se doter d'un service pour la lutte contre les incendies, elle pose aussi un geste d'opportunité politique et, encore là, elle n'engagera pas sa responsabilité pour avoir exercé ce

58. *Sutherland Shire Council v. Heyman*, (1985) 60 A.L.R. 1, cité dans l'affaire *Just*, précitée, note 55, p. 1242.

59. *Supra*, note 51.

choix de la façon dont elle aura décidé de ce faire. À titre d'exemple, une corporation municipale pourra décider de se munir d'une seule pompe à incendie, de n'engager qu'un seul pompier, de ne pas entretenir son équipement, de ne pas installer de bornes-fontaines, etc. en fonction de certains facteurs qu'elle est seule en mesure d'apprécier et dont elle répondra envers son électorat. L'insuffisance de mesures qu'elle a ainsi choisi de prendre pour la lutte contre les incendies ne saurait lui être reprochée.<sup>60</sup>

Autrement dit, si l'autorité prend *consciemment* ce genre de décision, il y a présomption que celle-ci sera basée sur des motifs exprès ou implicites; selon les circonstances, il pourra y avoir preuve ou présomption que ces motifs sont ceux énumérés plus haut et pour l'évaluation desquels le tribunal ne peut se substituer à l'autorité (motifs budgétaires, économiques, etc.).

Au contraire, en l'absence d'une décision consciente et délibérée, la porte reste ouverte à la preuve d'une simple négligence ou de simple mauvaise administration.

*Rapports collectifs vs rapports individuels.* Malgré le caractère non déterminant du caractère de la généralité<sup>61</sup>, tentons une réflexion supplémentaire sur le sujet.

Supposons que l'autorité administrative prenne une décision que l'on peut qualifier de «gouvernementale» au sens décrit plus haut. Dès lors, l'autorité établit avec les administrés affectés par cette décision des rapports *collectifs*. Par exemple, ç'aurait été le cas si la ville de Beauport avait pu amener en preuve une décision de ne pas entretenir ses bornes-fontaines en hiver, décision motivée par des motifs budgétaires.

Supposons au contraire l'absence d'une telle décision: aucun rapport collectif n'est établi avec l'ensemble des administrés. La voie est alors libre pour l'établissement de rapports *individuels*, ce qui risque de se produire précisément au moment où un citoyen subit des dommages. Or, l'administration aura de la difficulté à se draper dans son immunité *gouvernementale* dans le cadre de rapports *individuels* avec les autres membres de la société, puisque dans le cadre de ces rapports individuels, c'est la «personne morale» qui prend le pas sur le corps gouvernemental<sup>62</sup>.

60. *Laurentide Motels*, précité, note 8, p. 732.

61. Voir *supra*.

62. «Our basic theme is that the policy-operational distinction was intended to define those situations where governments act sufficiently like persons so that

### C. Critique

Pour fins d'illustration, parlons des municipalités. La logique qui régit le fondement de la *distinction* relève du raisonnement qui suit.

La municipalité est, en premier lieu, un corps politique qu'il est permis d'analyser comme tel, en fonction par exemple, de son degré d'autonomie par rapport à l'administration centrale, du degré de démocratie qui est respecté dans le cadre de son administration, de la problématique de la décentralisation, bref, en fonction de notions qui relèvent autant de la science politique que des contingences économiques et juridiques. En tant que corps politique, elle légifère sur son territoire, dans les matières de sa compétence, et elle possède le pouvoir de prélever des taxes. Elle apparaît aussi parfois comme une émanation déconcentrée du pouvoir central pour l'application de certaines lois. Elle est également une corporation publique en ce sens qu'elle a été créée à des fins d'intérêt public et qu'elle a pour fonction d'agir pour le bien-être général de sa population.

D'autre part, certaines fonctions de la municipalité ne la distinguent pas tellement de la corporation privée ou d'une personne physique. En effet, la municipalité est souvent appelée à transiger avec les autres de toutes sortes de façons et à établir des rapports individuels avec eux; vue sous cet aspect, la municipalité n'est pas tellement différente d'une corporation civile.

Le même raisonnement s'applique aux gouvernements.

Or, les règles de la responsabilité civile ont pour objet les rapports entre les personnes. Les gouvernements agissent, tantôt en tant que gouvernement, tantôt en tant que personne. Les règles applicables à la responsabilité civile des gouvernements devraient, par conséquent, avoir pour but de soumettre les gouvernements aux règles de la responsabilité civile dans les circonstances où les règles applicables aux rapports entre les *personnes* devraient aussi s'appliquer aux gouvernements.

L'ambition de la théorie de la distinction *policy/operation* est précisément de permettre de déterminer ces circonstances: «...the policy-operational distinction is supposed to distinguish the govern-

---

the rules governing the relations between persons can apply to the government as well», K. WOODALL, *supra*, p. 90.

ment acting as a government from the government acting as a person»<sup>63</sup>.

Cette voie, si l'on en juge par l'ambiguïté de la distinction *policy/operation* et ses difficultés d'application, est pour le moins parsemée d'embûches, et la distinction elle-même, selon K. Woodall, «inutile et source de confusion»<sup>64</sup>. La raison en est que, qu'on le veuille ou non, les gouvernements diffèrent des individus et des autres personnes de la société: ils doivent gouverner. Comme nous le disions précédemment, la substance du fondement conceptuel de l'immunité politique des gouvernements doit, avant toute chose, reposer sur une base qui soit spécifiquement applicable à un gouvernement, puisque, à titre d'exemple, il y a indéniablement une différence fondamentale entre, d'une part, les relations entre un inspecteur municipal et un propriétaire qui construit sa maison, et d'autre part un ingénieur et cette même personne à titre de client. Or, «the *policy-operational* distinction (...) is incapable of bringing these differences into relief»<sup>65</sup>. Là réside sans doute la source de l'inconfort intellectuel qui a saisi bon nombre de juristes à la lecture des jugements rendus dans les affaires *Kamloops* et *Just*, qui sont deux décisions qui portent sur les pouvoirs d'inspection.

L'affaire *Just* illustrera bien la question. Les faits sont très simples: pendant qu'il voyageait sur une autoroute provinciale, la voiture du demandeur a été écrasée par un gros rocher qui s'était détaché des talus bordant la route. Le demandeur lui-même a été très grièvement blessé et sa fille tuée. À leur face même, les jugements rendus dans les trois instances illustrent bien les difficultés d'application de la distinction: le gouvernement fut exonéré de tout blâme en première instance, pour le motif que les décisions relatives à la façon d'inspecter les routes relèvent du domaine de la *policy*<sup>66</sup>, ce avec quoi la Cour d'appel s'est déclarée unanimement d'accord<sup>67</sup>. La Cour suprême du Canada a renversé le jugement pour le motif que ces mêmes décisions relevaient plutôt du domaine opérationnel: par conséquent, elles pouvaient être évaluées judiciairement en regard des règles de responsabilité et la Cour ordonna un nouveau procès à cette fin<sup>68</sup>.

63. K. WOODALL, *op. cit.*, p. 110.

64. *Id.*, p. 87.

65. *Id.*, p. 110.

66. (1985) B.C.L.R. 349.

67. 10 B.C.L.R. (2d) 233, (1987) 2 W.W.R. 231.

68. Le juge Sopinka étant dissident.

Il est intéressant ici de citer l'extrait suivant des motifs du juge Cory, pour la majorité:

Il peut être opportun ici de résumer les principes et le raisonnement applicables, à mon avis, dans les cas de ce genre. En règle générale, l'obligation traditionnelle de diligence issue du droit de la responsabilité délictuelle s'appliquera à un organisme gouvernemental de la même façon qu'à un particulier. Pour déterminer si une telle obligation existe, il faut d'abord se demander s'il y a entre les parties une proximité suffisante pour en justifier l'imposition. Un organisme gouvernemental peut être exempté de cette obligation par une disposition législative expresse. Par ailleurs, l'exemption peut découler de la nature de la décision prise. Ainsi, un organisme gouvernemental sera exempté de l'imposition d'une obligation de diligence dans les situations qui résultent de ses décisions de pure politique.<sup>69</sup>

Nous sommes d'accord avec K. Woodall pour affirmer que le but de la distinction *policy/operation* devrait être de permettre de déterminer les cas où un gouvernement agit précisément en tant que gouvernement, et que, précisément dans ces cas, l'immunité politique qui en résulte signifie simplement que les règles applicables aux rapports entre les personnes ne devraient pas s'appliquer. Nous croyons également que c'est ce que Lord Wilberforce avait en tête lorsqu'il a importé cette distinction du droit statutaire américain dans la common law britannique.

En d'autres termes:

If a decision is «policy», and not «operational» then by extension the government cannot be in a relationship of proximity with the plaintiff. According to both the American legislation and Lord Wilberforce in *Anns*, a policy decision is generally outside the scope of private law.<sup>70</sup>

Or, le raisonnement du juge Cory est différent: selon lui, la «règle générale» est que les règles de la responsabilité civile s'appliqueront à un organisme gouvernemental de la même façon qu'à un particulier. Par ailleurs, l'organisme peut être «immunisé» contre ces règles, soit par une disposition législative expresse, soit dans les situations qui résultent de ses décisions de pure politique.

Ou bien l'«immunité politique» des gouvernements veut dire que le gouvernement qui agit en tant que tel établit avec les «gouvernés» des rapports d'une nature telle que l'application des règles de

69. *Just*, précité, note 55, p. 1244-1245.

70. K. WOODALL, *op. cit.*, p. 103-104.

droit privé n'a aucune pertinence dans ce cas et qu'elles sont simplement inapplicables; c'est là le sens original et, selon nous, le fondement conceptuel de base de la notion d'immunité gouvernementale.

Ou bien elle veut dire que, bien que les règles de droit privé soient généralement applicables aux gouvernements, les décisions prises «de bonne foi» dans l'exercice de leur «discrétion politique» seront «immunisées» contre la responsabilité. C'est l'approche retenue par le juge Cory.

À notre avis, l'immunité politique doit signifier l'une de ces deux choses, mais pas les deux en même temps. Il faut choisir. Comme nous l'avons dit, nous adhérons à la première hypothèse, que nous trouvons la seule défendable sur le plan théorique, et d'ailleurs la seule appliquée jusqu'en 1989. Malheureusement, le jugement *Just* remet cette théorie en question, et est source de confusion.

Selon que l'on adopte l'une ou l'autre des deux hypothèses, la substance de l'immunité varie considérablement, et on en a un bon exemple dans l'affaire *Just*, précisément.

Dans le premier cas, l'immunité est absolue, puisque les règles de droit privé ne trouvent simplement pas d'application.

Dans le second cas, des considérations relatives au «degré» d'immunité applicable peuvent entrer en jeu, selon que la décision de «pure policy» est plus ou moins raisonnable:

Il se peut donc qu'une véritable décision de politique soit prise à un niveau inférieur, pourvu que l'organisme gouvernemental établisse que cette décision était raisonnable eu égard à toutes les circonstances.<sup>71</sup>

La porte est donc ouverte aux tribunaux, dorénavant, pour évaluer la raisonnable des décisions de «true policy».

Dans l'espèce, ce n'est toutefois pas sur cette base que la décision a été rendue:

La méthode et la qualité d'un système d'inspection font manifestement partie de l'aspect opérationnel d'une activité gouvernementale et doivent donc être évaluées dans le cadre de l'examen de la norme de diligence.<sup>72</sup>

71. *Just*, précité, note 55, p. 1243.

72. *Id.*, p. 1245.

Avec déférence, rappelons que, bien qu'il en soit «manifestement» ainsi, les savants juges des deux premières instances avaient statué exactement le contraire. Mentionnons également que la Cour suprême elle-même avait précédemment statué différemment dans l'affaire *Barratt*<sup>73</sup>.

Malgré cela, le juge Cory n'explique pas pourquoi il s'éloigne de ces précédents<sup>74</sup>, ni pour quelles raisons précises le système d'inspection fait partie du domaine opérationnel, sauf pour dire, commentant l'affaire *Barratt*:

Par exemple, la Cour n'aurait pas accepté comme «décision de politique» un système prévoyant l'inspection des rues d'une grande municipalité urbaine une fois tous les cinq ans. 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 question.<sup>75</sup>

Or, avec K. Woodall<sup>76</sup>, nous sommes d'avis que le fait qu'il existe des possibilités que des politiques déraisonnables soient élaborées ne peut servir d'argument pour démontrer que ces dernières relèvent du domaine opérationnel.

De deux choses l'une: ou bien il doit exister des critères fiables pour décider du caractère politique d'une décision, et dans ces cas l'immunité est absolue; ou bien l'on décide du caractère opérationnel ou politique d'une décision selon que, par ailleurs, on croie opportun d'indemniser ou pas dans un cas précis. C'est précisément, selon nous, ce qui a été fait dans l'affaire *Just*. Non pas que le résultat obtenu n'ait pas été souhaitable; simplement, la distinction *policy/operation* n'a été, dans ce cas, que: «a way of stating, rather than arriving at a result»<sup>77</sup>.

La crédibilité de la *distinction* en tant qu'outil conceptuel destiné à servir de base à la théorie fondamentale de la responsabilité

73. *Supra*, note 12.

74. [...] sauf pour dire qu'à son avis, dans *Barratt*, il s'agissait d'un *obiter*. *Just*, précité, note 55, p. 1238. Précisons tout de même que le juge Cory donne quelques indices sur les éléments pouvant servir à qualifier l'acte politique. *Id.*, p. 1242-1249.

75. *Id.*, p. 1238-1239.

76. *Op. cit.*, p. 106: «the possibility that the policy-maker will make unreasonable discretionary decisions does not show that those decisions are really operational in nature».

77. *Id.*, p. 105.



civile des gouvernements est, à notre avis, ébranlée<sup>78</sup>, et ce, surtout en tant qu'elle prend comme point de départ la présomption selon laquelle, dans certaines circonstances, les règles du droit privé peuvent s'appliquer telles quelles aux gouvernements comme aux individus.

### III- L'article 356 C.c.B.-C. et son application

Quoi de mieux pour continuer qu'un bon bain de notions fondamentales:

Le droit public est le droit qui a pour objet l'État: il crée les organes étatiques et régit les rapports que ceux-ci ont entre eux et avec les individus. Le droit privé est le droit relatif aux relations entre individus. C'est donc par référence à l'objet des règles de droit qu'on se base pour faire cette distinction fondamentale.

Il faut noter le caractère systématique de la distinction entre droit public et droit privé. Elle est logique, rationnelle, mais elle correspond difficilement parfois à la réalité concrète des choses. La loi contemporaine, par exemple, est souvent à la fois publique et privée, en ce sens qu'elle a pour objet l'État mais aussi les rapports entre individus (...). La distinction entre le droit public et le droit privé est d'abord maintenue pour des raisons didactiques: elle fonde la division fondamentale de la science du droit. Son utilité est toutefois plus que scolaire: elle aide aussi à situer avec plus d'exactitude une question dans l'ordre juridique; elle permet par conséquent d'appliquer avec plus de justesse et de facilité les principes généraux du droit pertinents à chaque cas d'espèce. Au Québec, en particulier, les sources du droit applicables pouvant varier selon qu'il s'agit de droit public ou de droit privé, la question prend une importance singulière.<sup>79</sup>

Et maintenant, à nouveau le texte de l'article 356:

356. Les corporations séculières se subdivisent encore en politiques et en civiles. *Les politiques sont régies par le droit public, et ne tombent sous le contrôle du droit civil que dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement.*

Les corporations civiles étant par le fait de l'incorporation rendues personnes morales ou fictives, sont, comme telles, régies par les lois

78. L'auteur K. WOODALL, *op. cit.*, p. 119 et s., propose une autre base théorique: la *specific detrimental reliance*, élaborée par la jurisprudence américaine et australienne, et pousse même jusqu'à évoquer la théorie des risques de la «common enterprise» (*Id.*, p. 139).

79. H. BRUN et G. TREMBLAY, «Droit public fondamental», P.U.L., 1972, p. 1-2.

affectant les individus, sauf les privilèges dont elles jouissent et les incapacités dont elles sont frappées.

Nous ne ferons pas état de la controverse doctrinale à laquelle a donné lieu l'article 356; elle est bien résumée par les motifs du juge L'Heureux-Dubé<sup>80</sup> et ceux du regretté juge Beetz<sup>81</sup>.

Le juge L'Heureux-Dubé cite abondamment les Commissaires chargés de la codification. Il est intéressant de constater que les écrits des Commissaires rejoignent bien l'argumentation que nous avons développée précédemment:

Les corporations sont, dans leurs rapports avec les autres membres de la société, revêtues des mêmes pouvoirs et tenues aux mêmes obligations que les personnes naturelles, en autant qu'elles n'en sont pas empêchées ou exemptées, soit par la nature de leur constitution, soit par une loi particulière générale.<sup>82</sup>

Et plus loin, le savant juge cite Mignault:

En tant que politique, la corporation ne tombe pas sous le coup des lois civiles. Mais toute politique qu'elle est, elle ne laisse pas d'avoir certains rapports, je pourrais dire privés, avec les citoyens et ces rapports sont régis par le droit civil.<sup>83</sup>

Et, après avoir fait la revue de la controverse doctrinale, elle fait le point de la manière suivante:

Par ailleurs, indépendamment de la phraséologie de l'article 356 C.c.B.-C., il m'apparaît plutôt que les Commissaires ont reconnu que, dans leurs fonctions de gestion publique, législative, juridictionnelle et administrative (*policy-making*), les corporations publiques sont régies par le droit public tandis que dans leur fonction de gestion privée et leurs relations avec les citoyens, elles sont assujetties au droit privé. Ce qu'on qualifie d'exception et de subordination du droit civil au droit public n'est, à mon avis, que le reflet du rôle de gestion publique des corporations, en principe plus considérable que celui de gestion privée. Ce sont donc les fonctions, publiques ou privées, qui sont subordonnées l'une à l'autre, et non le droit applicable à l'une ou l'autre de ces fonctions: deux domaines d'activité auxquels s'appliquent deux domaines du droit, chacun étant autonome dans son propre domaine, en autant

---

80. *Laurentide Motels*, précité, note 8, p. 772 à 789.

81. *Id.*, p. 714 à 727.

82. *Id.*, p. 773.

83. *Id.*, p. 775.

toujours que les règles de droit public permettent d'avoir recours au droit privé.

Les termes à *certaines égards* trouvent leur explication dans ce contexte. S'ils sont restrictifs, ce n'est que dans la mesure où les chartes, les lois particulières ou générales sont venues modifier le droit privé, ce qui est le cas par exemple en matière de prescription, d'avis, et, sous certains aspects, de responsabilité. De même, le mot *individuellement*, qui règle les activités des personnes, morales ou non, dans leurs rapports individuels avec les corporations publiques. Si les corporations publiques n'ont pas, sauf exception, généralement de rapports individuels avec les personnes individuelles, celles-ci par contre entretiennent des rapports individuels avec les corps publics. C'est à mon avis ce qu'a voulu régler l'article 356 C.c.B.-C.<sup>84</sup>

Et, au risque de citer des extraits qui l'ont abondamment été, sur cette question les propos du savant juge Beetz sont encore plus intéressants (rappelons que ce sont les motifs de la majorité):

Le fait que les pouvoirs et les obligations des corporations municipales soient décrits et régis par le droit public n'exclut pas nécessairement toute application du droit civil à ces corporations. Cependant, la question de savoir quand le droit civil peut s'appliquer aux corporations municipales est une question de droit public, et non pas de droit privé. J'ai affirmé qu'en principe le droit public régit les corporations municipales. Cette proposition est conforme au texte de l'article 356 C.c.B.-C., qui laisse entendre que les corporations politiques ne sont assujetties au droit civil qu'exceptionnellement. Il serait étonnant que le droit d'exception, qui est ici le droit civil, détermine sa propre application. En outre, le droit civil est le droit commun du Québec: de par sa nature, donc, il s'applique de la même façon à tous ceux qui y sont assujettis. Il n'y a aucune règle de droit civil qui pourrait indiquer quand le droit civil s'appliquerait et quand il ne s'appliquerait pas.<sup>85</sup>

Et un peu plus loin, le juge établit que la règle qui sert à déterminer quand le droit civil est applicable aux municipalités est la règle établie par la common law publique, relative à la distinction *policy-operation*<sup>86</sup>. Il établit ensuite le rapport suivant entre la *distinction* et l'article 356:

La symétrie entre la règle politique/exécution tirée de la common law «publique» et l'opposition entre les rapports collectifs et les rapports individuels établie par l'article 356 C.c.B.-C. n'est pas accidentelle.

84. *Id.*, p. 785-786.

85. *Id.*, p. 720-721.

86. *Id.*, p. 772 et s.

Lorsqu'une corporation municipale exerce ses pouvoirs discrétionnaires pour répondre à des exigences politiques, elle doit porter un jugement sur l'intérêt de l'ensemble de la collectivité, et sa responsabilité envers l'ensemble de la collectivité passe par la boîte de scrutin. Cependant, dès lors que la municipalité passe à l'exercice pratique de ses pouvoirs, son incurie est susceptible de causer un préjudice particulier à un membre individuel de la société, envers qui elle est responsable devant les tribunaux.<sup>87</sup>

C'est un lien qui, d'ailleurs, n'avait pas échappé aux auteurs Dussault et Borgeat:

Nous serions pour notre part très surpris de voir le plus haut tribunal canadien refuser d'appliquer la distinction *policy/operation* aux municipalités. D'abord, cette distinction, étant précisément de droit public, est d'emblée applicable aux municipalités. Ensuite, l'article 356 C.c. ne fait nullement obstacle à l'application du droit privé, puisqu'il la prévoit précisément dans les termes suivants: les corporations «politiques sont régies par le droit public, et ne tombent sous le contrôle du droit civil que dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement». *On pourrait même dire que cet article rejoint précisément la distinction jurisprudentielle et que cette dernière en constitue en quelque sorte une modalité d'application, en ce qu'elle prévoit les cas d'application du droit public par rapport à ceux du droit privé.* Enfin, il répugnera vraisemblablement à la Cour de donner aux municipalités un régime différent selon qu'elles se situent au Québec ou dans les provinces de common law.<sup>88</sup>

Nous souscrivons d'emblée à ce point de vue, et particulièrement au passage que nous soulignons. Plus précisément, nous dirions que l'article 356 et la *distinction* jurisprudentielle visent le même objectif qui est de *déterminer dans quelles circonstances et, une fois ces circonstances établies, dans quelle mesure les règles de droit privé (i.e. les règles régissant les rapports entre les personnes) devraient s'appliquer aux rapports entre l'État et les personnes.* De fait, la distinction *policy-operation*, plus pragmatique, sert de soutien à l'interprétation de l'article 356.

D'ailleurs, les deux reposent sur une *opposition: policy-operation* d'une part, droit public – droit civil d'autre part. On mise donc sur l'équivalence suivante: 1<sup>o</sup> nature politique d'une décision = applica-

87. *Id.*, p. 725.

88. *Op. cit.*, p. 988. Ces lignes ont été écrites avant que soit rendu le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Laurentide Motels*.

tion des règles du droit public et 2<sup>o</sup> nature opérationnelle d'une décision = application des règles du droit civil (ou privé).

Or, la praticabilité de ces oppositions mise sur un minimum d'étanchéité dans les frontières des concepts qui, idéalement, doivent s'exclure mutuellement: une décision ne peut relever à la fois du domaine politique et opérationnel et une règle de droit ne peut être qualifiée comme relevant à la fois du droit privé et du droit public.

Dans le cas de la distinction *policy-operation*, tant la doctrine que la jurisprudence démontrent ses énormes difficultés d'application.

Dans le cas de l'opposition droit public – droit privé, revenons aux concepts fondamentaux: «Le droit public est le droit qui a pour objet l'État: il crée les organes étatiques et régit les rapports que ceux-ci ont entre eux et avec les individus. Le droit privé est le droit relatif aux relations entre individus»<sup>89</sup>.

Par conséquent, lorsque l'on dit que les «règles de droit privé» dans certaines circonstances, s'appliquent à l'État, ces règles, dès lors, deviennent des règles de droit public, puisqu'elles s'appliquent alors aux rapports entre l'État et les individus.

Il ne s'agit pas là d'une querelle sur le sexe des anges. Ce raisonnement ne fait que démontrer, à notre avis, que les concepts juridiques existants en matière de responsabilité civile des gouvernements sont incapables de prendre en compte de façon cohérente la nature spécifique des rapports que ceux-ci entretiennent avec les individus, rapports qui sont foncièrement asymétriques: les gouvernements, sauf en matière contractuelle et judiciaire, ont avec les individus des rapports collectifs, tandis que les individus ont avec les gouvernements des rapports individuels.

Illustrons par un recours supplémentaire à l'affaire *Just* (même si, évidemment, elle ne met pas en jeu l'interprétation de l'article 356). Sans trop motiver son affirmation, le juge Cory déclare que «la méthode et la qualité d'un système d'inspection font manifestement partie de l'aspect opérationnel d'une activité gouvernementale...»<sup>90</sup>, en conséquence de quoi il renvoie les parties en première instance pour que jugement soit rendu sur les bases du droit privé. Est-il vraiment possible, sans aucune arrière-pensée, d'appliquer ainsi aux

89. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 79.

90. *Supra*, note 12.

rappports entre l'État et un individu des règles que l'on continue à qualifier de «privées»? C'est, à notre avis, dénaturer le sens du mot; or, un concept qui doit dénaturer une de ses composantes essentielles dans son application est un concept, pour dire le moins, qui «correspond (...) difficilement à la réalité des choses»<sup>91</sup>, malgré son caractère «systématique»<sup>92</sup>.

En fait, la jurisprudence, à tâtons et en fonction des cas d'espèces, cherche (parfois malgré elle) des règles qui tiennent compte de la nature hybride des rapports entre particuliers et gouvernements, et elle y arrivera peut-être par l'application de considérations de nature «politique» dans l'application des règles de droit privé elles-mêmes, c'est-à-dire, entre autres, dans l'évaluation du degré requis de «duty of care» et des contraintes budgétaires dont cette obligation est tributaire. Si tel est le cas, on aura tenu compte de considérations de nature «politique» même dans l'«opérationnel», ce qui est contraire au concept même de la distinction et démontre encore une fois sa difficulté d'application.

Quant à l'article 356 lui-même, reconnaissons-lui malgré tout le mérite d'avoir, bien avant l'avènement en droit québécois de la «distinction», permis l'émergence d'un certain droit de la responsabilité des «corps politiques». Voyons maintenant ce qu'il en est advenu au sein du nouveau Code civil.

#### **IV- L'article 300 du Code civil du Québec et son application**

Voici le texte de l'article 300 du Code civil du Québec, adopté par l'Assemblée nationale le 18 décembre 1991 et sanctionné le même jour.

300. Les personnes morales de droit public sont d'abord régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables; les personnes morales de droit privé sont d'abord régies par les lois applicables à leur espèce.

Les unes et les autres sont aussi régies par le présent code lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois, notamment quant à leur statut de personne morale, leurs biens ou leurs rapports avec les autres personnes.

---

91. H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 79.

92. *Ibid.*

L'article 300 doit être lu en corrélation avec son complément, l'article 1376 du nouveau Code:

1376. Les règles du présent livre s'applique à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables.

Le «présent livre» dont parle l'article 1376 est le Livre Cinquième, intitulé «Des Obligations», qui contient entre autres, au chapitre 3, les règles relatives à la responsabilité civile (articles 1467 à 1481).

Nous spéculerons sommairement sur l'avenir que peuvent réserver ces nouveaux textes au droit de la responsabilité civile des administrations publiques.

*L'État.* En ce qui concerne l'État lui-même, mentionnons d'abord qu'il est expressément visé par l'article 1376, conjointement avec les personnes morales de droit public; par ailleurs, seulement ces dernières sont mentionnées à l'article 300. On peut se demander si l'article 300, par l'utilisation de la seule expression «personne morale de droit public» vise ou ne vise pas l'État.

Une interprétation basée seulement sur les arguments de texte ne permet pas d'arriver à un résultat concluant.

D'une part, on peut prétendre que, lorsque le législateur a voulu viser directement l'État, il l'a expressément mentionné, comme dans l'article 1376; l'article 300 ne viserait donc pas l'État puisqu'il ne le mentionne pas expressément.

D'autre part, l'article 1376 ne dit pas «toute personne morale de droit public», il dit «toute *autre* personne morale de droit public». Ainsi, le texte se lit: «...s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public...». Quel argument tirer de l'utilisation de l'adjectif «autre»? Elle implique que, soit les organismes seulement, soit les organismes et l'État lui-même, sont également des personnes morales de droit public.

Comme nous l'avons dit, les purs arguments de texte ne sont donc pas concluants.

Si on fait appel, par ailleurs, au sens ordinaire des mots, et si l'on tient pour acquis que l'État jouit de la personnalité morale<sup>93</sup>, on

93. Voir P. GARANT, *Droit administratif*, Éditions Yvon Blais Inc., 1985, 2<sup>e</sup> éd., p. 31.

ne voit pas quelle autre sorte de personne morale que de «droit public» pourrait être l'État. Enfin, si, comme l'article 356 C.c.B.-C., auquel il ressemble, l'article 300 n'est qu'un «truisme»<sup>94</sup>, au moins dans son premier alinéa, on cherche pourquoi il ne devrait pas viser l'État<sup>95</sup>.

*Les personnes morales de droit public.* D'abord, rappelons que l'article 356 C.c.B.-C. parle de «corporations politiques», alors que l'article 300 du nouveau Code civil parle de «personnes morales de droit public». Pour la suite du texte, nous assumons que ces notions s'équivalent.

La première chose qui saute aux yeux est que l'article 300 dit que les personnes morales de droit public sont régies par les «*lois particulières*» qui les constituent et par celles qui leur sont applicables», alors que l'article 356 actuel dit que les corporations politiques sont régies par le *droit public*.

On ne parle plus, donc, de «droit», mais de «lois»; on ne parle plus de droit «public» mais de lois «applicables». À première vue, on peut soupçonner une restriction de sens par rapport à l'article 356 C.c.B.-C. Celui-ci en effet, utilisant l'expression plus large, de «droit public», permettait l'application au Québec des règles de droit public de la common law. L'une de ces règles prévoit bien sûr l'immunité de la Couronne et de ses composantes, maintenant évaluée en fonction du caractère «politique» ou «opérationnel» de ses actes. Or, il nous paraît difficile de soutenir que l'expression «lois particulières» puisse viser les règles issues de la «common law» publique.

Il nous paraît donc que l'article 300, équivalent direct, au nouveau Code, de l'article 356 C.c.B.-C., ne met plus, contrairement à ce dernier, en opposition les régimes de droit public et de droit privé, opposition en vertu de laquelle, d'une part, la responsabilité civile des personnes morales de droit public était établie et, d'autre part, l'immunité relative de ces mêmes personnes en cette même matière était également reconnue par le biais de l'importation, en droit québécois, des règles de la common law publique.

Cependant, le deuxième alinéa de l'article 300 soumet explicitement les personnes morales de droit public au nouveau Code civil, notamment quant à leur «rapport avec les autres personnes», ce qui, de toute évidence, a pour but de constituer l'équivalent approximatif de la partie de l'article 356 actuel qui les soumet au «droit civil», «dans

94. Juge Beetz dans *Laurentide Motels*, précité, note 8, p. 719.

95. Voir à ce sujet le texte de C. SOUCY dans le présent recueil.



leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement».

Par conséquent, l'article 300 du nouveau Code permet l'application des règles du droit civil aux personnes morales de droit public, «dans leurs rapports avec les autres personnes», mais sans permettre, dans ces mêmes rapports, l'application de règles de droit public autres que celles prévues par des «lois particulières», excluant par là les immunités et prérogatives de la Couronne.

Jetons maintenant un coup d'oeil sur son complément, l'article 1376.

Comme nous l'avons déjà dit, cet article énonce l'application des règles de la responsabilité civile aux personnes morales de droit public, «...sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables».

Il faut nous rendre à l'évidence que l'avenir de ce qui reste d'immunité aux personnes morales de droit public en matière de responsabilité se joue sur l'interprétation qui sera donnée par les tribunaux à ce membre de phrase.

Ce qui frappe, bien sûr, c'est l'utilisation de l'expression «règles de droit», par opposition aux mots «lois particulières» utilisés dans l'article 300. Il est clair qu'on a voulu par là couvrir un plus grand domaine que celui des dispositions législatives, c'est-à-dire notamment celui des prérogatives et immunités de la Couronne<sup>96</sup>. On peut raisonnablement miser sur le fait que, avec raison d'ailleurs, les tribunaux avaliseront cette intention en accordant plus de poids à la généralité d'intention de l'article 1376 qu'à l'article 300, plus restrictif. Ainsi, les règles issues de la «common law» publique, y compris la distinction *policy-operation* pourront continuer à guider les tribunaux dans l'élaboration de ce *corpus* juridique spécifique aux rapports entre l'État et ses citoyens.

## Conclusion

L'une des préoccupations fondamentales du droit est bien sûr la justice. Une de ses contraintes est celle de la normalisation, qui a

96. L'expression «règles de droit» n'est utilisée, à notre connaissance, que dans une seule autre disposition du nouveau Code: l'article 3076. Elle est aussi contenue à l'article 52(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voir L. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, p. 83-84 et le texte de C. SOUCY dans le présent recueil.

pour but de couper court à l'arbitraire. L'une des difficultés du droit réside dans la nécessité d'établir des règles d'application générale qui, dans chaque cas d'espèce, donneront des résultats «justes». L'établissement du fondement de ces règles relève de la conceptualisation.

Dans le cas du droit de la responsabilité civile de l'État et de ses composantes, le fondement des règles applicables est, depuis toujours, axé sur des dichotomies: l'opposition devoir/pouvoir, l'opposition droit public/droit privé, la distinction *policy/operation*.

Nous avons tenté d'illustrer les difficultés d'application de la théorie de la distinction entre les actes «politiques» et les actes «opérationnels», ainsi que la faiblesse de sa base conceptuelle. Nous avons la conviction que cette distinction, en tant que fondement du droit de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État et des personnes morales de droit public, est au fond inadéquate, tout en admettant qu'elle peut être, à l'heure actuelle et dans certaines circonstances, grandement utile, voire éclairante<sup>97</sup>.

Elle est inadéquate, selon nous, d'abord à cause de l'extrême difficulté de cerner des critères de qualification qui la rendent véritablement praticable en tant que règle de droit. L'état de la jurisprudence donne parfois à penser qu'elle sert plutôt de base artificielle à une volonté d'indemniser basée sur l'équité ou la compassion, ou de justification théorique à des décisions auxquelles manque précisément une base théorique valable et susceptible d'être élevée au rang de règle de droit digne de ce nom.

Ensuite, croyons-nous, l'opposition droit public – droit privé, miroir de la distinction, est inapte à juridiquement rendre compte de la véritable nature des rapports entre l'État et l'individu, foncièrement asymétriques.

Peut-être la jurisprudence devrait-elle se tourner vers d'autres bases théoriques pour l'édification d'un système de règles qui, idéalement, devraient se prêter à un minimum d'application objective, et permettre l'indemnisation juste et équitable des individus par l'État tout en tenant véritablement compte de la spécificité de ce dernier. D'autres juridictions répondent par d'autres moyens à la question de savoir dans quelles circonstances il est illégitime qu'un particulier subisse, sans compensation, des dommages dans le cadre de l'exercice d'une action entreprise pour le bien commun.

---

97. C'est le cas, à notre avis, dans l'affaire *Laurentide Motels*.

Mais il y a loin de la théorie à la pratique, et il ne faut pas s'attendre à ce que, dans un avenir prévisible, la jurisprudence se tourne vers d'autres bases de solution. Dans la même veine, il ne fallait pas s'attendre à ce que le nouveau Code civil bouleverse les bases actuelles. Il ne fallait pas non plus le souhaiter. Compte tenu de l'activité jurisprudentielle intense de la dernière décennie en cette matière, compte tenu également de la volonté manifeste, au sein du Code civil, de maintenir les bases actuelles du régime de responsabilité, les tribunaux maintiendront sans doute le cap. Et, il faut bien le dire, les bases actuelles sont justement issues d'une recherche de cette «troisième voie», à mi-chemin entre le droit public et le droit privé, qui permette de tenir compte de la spécificité des rapports entre l'Administration et l'administré. Cette recherche, intrinsèque à tout État qui se veut «de droit», est difficile mais essentielle. Nous espérons y avoir contribué quelque peu.

