

LA RESPONSABILITÉ QUASI-DÉLICTUELLE DU MANDANT POUR LA FAUTE DU MANDATAIRE EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Gérald Goldstein

Volume 16, Number 1, 1985

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1109186ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/19747>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Goldstein, G. (1985). LA RESPONSABILITÉ QUASI-DÉLICTUELLE DU MANDANT POUR LA FAUTE DU MANDATAIRE EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 16(1), 123–204.
<https://doi.org/10.17118/11143/19747>

Article abstract

The Civil Law of Quebec dealing with the mandator's quasi delictual liability incurred through the mandatory's fault lacks effectiveness, mainly because its legal basis remains unclear. Both article 1727 C.c. and 1731 C.c. could justify a quasi delictual remedy for a victim, but a puzzling question of interpretation arises. While the former article can also justify a contractual liability, the latter deals exclusively with the quasi delictual field, since its application is expressly linked with article 1054 C.c. which is included in the chapter of the Civil Code dealing with quasi offences. Such an ambiguity induces a serious indeterminacy affecting the development of a truly mandate related quasi delictual liability. Moreover, the conditions of the master's responsibility for the damage caused by his servant enacted by article 1054 C.c. alinea 7, seem inadequate to the mandate field. Where a relative freedom of execution is needed by the mandatory, article 1054 C.c. alinea 7 asks for a close control over him in order to successfully sue the master. Therefore the latter would only seldom be liable for the faulty act of his agent. Seeing the inadequacy of the drafted article of the O.R.C.C., the author strives in this study to propose a more acceptable formula. A review of the theoretical and practical legal basis and of the enforcement conditions of the mandator's quasi delictual liability for the damage caused by his mandatory, reveals altogether a serious need for such a liability and a large jurisprudential trend to simply assimilate a mandator to a master, without trying to prove the latter's control over the mandatory. Consequently the Courts' efforts concentrate on analysing the remaining condition: the damage must have been caused by mandatories "in the performance of the work for which they are employed". But a careful analysis of the most controversial cases show the lack of any actual legal test on the question. Although the "interest and benefit of the faulty act" formula proposed by the modern authors in the field of the master's liability presents a more objective test, it is still insufficient for the mandator's liability since it has been interpreted too loosely (*in abstracto*), particularly in the most controversial cases, where the mandatory, because he disobeyed or has been clearly dishonest, acted outside the scope of the work for which he was employed. The author finally recommends the enactment of a proposed formula which, while leaving a margin of discretion to the Courts, makes the limits of the liability more specific. Such liability should only be incurred where the mandatory's faulty act affects the enforcement of the mandate, but not where it affects its content except, in the latter case, if it still showed a possible interest for the mandator and if the mandatory was effectively acting under his actual control.

LA RESPONSABILITÉ QUASI-DÉLICTUELLE DU MANDANT POUR LA FAUTE DU MANDATAIRE EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

par Gérard GOLDSTEIN*

La mise en oeuvre, en droit civil québécois, de la responsabilité quasi-délictuelle d'un mandant pour la faute de son mandataire se trouve affectée de graves problèmes, dont on peut rechercher la cause originelle dans son fondement légal. Les articles 1727 C.c. et 1731 C.c. traitent de la responsabilité du mandant vis-à-vis du tiers. Mais alors que le premier est également susceptible de justifier un recours contractuel du fait d'autrui, le second, faisant référence quant à ses conditions d'application à l'article 1054 C.c., porte exclusivement sur le recours quasi-délictuel. Il existe donc un problème d'interprétation de ces dispositions, qui a eu pour conséquence de laisser dans l'incertitude les conditions d'une responsabilité quasi-délictuelle du fait d'autrui, propre au domaine du mandat. Enfin, les conditions générales de la responsabilité des commettants, édictée par l'article 1054 alinéa 7, semblent inadaptées à ce contrat. Celui-ci nécessitant habituellement de laisser une certaine liberté d'exécution au mandataire, il serait très rare de remplir la condition de lien de préposition, exigée par l'article 1054 alinéa 7. Partant de la constatation du Comité sur le mandat de l'Office de Révision du Code civil, de l'insuffisance du projet d'article destiné à remplacer la disposition actuelle (C.c. 1731), l'auteur cherche dans cette étude à formuler un nouveau texte répondant aux critiques portées à celui de l'O.R.C.C. Un examen des fondements théoriques et pratiques de la responsabilité quasi-délictuelle du fait du mandataire, et de ses conditions de mise en oeuvre, fait ressortir le besoin actuel d'une telle responsabilité, ainsi qu'une tendance jurisprudentielle majoritaire à interpréter la référence de l'article 1731

* D.E.S.S., Paris I, LL.M., Institut de droit comparé, Université McGill, 1982. Attaché de recherche au Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec. Nous remercions sincèrement Mme Groffier, professeure à la Faculté de droit de l'Université McGill, de ses suggestions et commentaires judicieux. Toute notre gratitude va également au Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, dont le projet d'étude générale sur le contrat de mandat a permis la rédaction de cet article. Il reste bien entendu, toutefois, que les opinions exprimées ici n'engagent que notre responsabilité.

C.c. à l'article 1054 C.c. dans le sens d'une assimilation directe du mandant et du commettant, sans rechercher l'existence du lien de préposition. Les juges concentrent alors leurs efforts sur la seule condition constante de cette responsabilité du mandant: l'intégration de la faute du mandataire à l'exercice de ses fonctions. Cependant une analyse jurisprudentielle des cas limites de responsabilité révèle aussi qu'il n'existe en ce domaine aucun critère réellement juridique. La notion d'"intérêt et de bénéfice de l'acte dommageable", proposée par la doctrine actuelle sur le terrain général de la responsabilité du commettant, certainement utile par l'objectivité qu'elle apporte, ne suffit pourtant pas parce qu'il s'est développé deux interprétations jurisprudentielles, in concreto et in abstracto, de cette notion. Ceci est particulièrement le cas lorsque la faute du mandataire, liée à son caractère désobéissant ou malhonnête, fait sortir l'acte de l'exécution du mandat. L'auteur recommande finalement l'adoption d'un texte qu'il propose, précisant, tout en laissant une marge d'appréciation aux tribunaux, les limites de cette responsabilité, qui ne devrait être retenue que lorsque la faute du mandataire n'affecte que la mise en oeuvre du mandat, mais non le contenu de celui-ci sauf, dans ce dernier cas, si l'acte conservait un intérêt plausible pour le mandant, et que celui-ci avait gardé un contrôle effectif sur le mandataire.

The Civil Law of Quebec dealing with the mandator's quasi delictual liability incurred through the mandatory's fault lacks effectiveness, mainly because its legal basis remains unclear. Both article 1727 C.c. and 1731 C.c. could justify a quasi delictual remedy for a victim, but a puzzling question of interpretation arises. While the former article can also justify a contractual liability, the latter deals exclusively with the quasi delictual field, since its application is expressly linked with article 1054 C.c. which is included in the chapter of the Civil Code dealing with quasi offences. Such an ambiguity induces a serious indetermination affecting the development of a truly mandate related quasi delictual liability. Moreover, the conditions of the master's responsibility for the damage caused by his servant enacted by article 1054 C.c. alinea 7, seem inadequate to the mandate field. Where a relative freedom of execution is needed by the mandatory, article 1054 C.c. alinea 7 asks for a close control over him in order to successfully sue the master. Therefore the latter would only seldom be liable for the faulty act of his agent. Seeing the inadequacy of the drafted article of the O.R.C.C., the author strives in this study to propose a more accept-

able formula. A review of the theoretical and practical legal basis and of the enforcement conditions of the mandator's quasi delictual liability for the damage caused by his mandatory, reveals altogether a serious need for such a liability and a large jurisprudential trend to simply assimilate a mandator to a master, without trying to prove the latter's control over the mandatory. Consequently the Courts' efforts concentrate on analysing the remaining condition: the damage must have been caused by mandatories "in the performance of the work for which they are employed". But a careful analysis of the most controversial cases show the lack of any actual legal test on the question. Although the "interest and benefit of the faulty act" formula proposed by the modern authors in the field of the master's liability presents a more objective test, it is still insufficient for the mandator's liability since it has been interpreted too loosely (in abstracto), particularly in the most controversial cases, where the mandatory, because he disobeyed or has been clearly dishonest, acted outside the scope of the work for which he was employed. The author finally recommends the enactment of a proposed formula which, while leaving a margin of discretion to the Courts, makes the limits of the liability more specific. Such liability should only be incurred where the mandatory's faulty act affects the enforcement of the mandate, but not where it affects its content except, in the latter case, if it still showed a possible interest for the mandator and if the mandatory was effectively acting under his actual control.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE	128
PARTIE I: LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITÉ QUASI-DÉLICTUELLE DU MANDANT POUR LA FAUTE DU MANDATAIRE	136
Introduction: Caractères généraux de la responsabilité du mandant pour la faute du mandataire selon l'article 1731 C.c.	136
SECTION I: Le fondement théorique de la responsabilité	138
Par. 1: Le fondement selon la doctrine classique et le droit positif	138
A) La faute du commettant dans le choix ou la surveillance du préposé	139
B) La théorie de la représentation	141
C) La théorie du risque	142
D) La théorie de la garantie	143
Par. 2: Le fondement selon le Projet de Code civil	145
SECTION II: Le fondement pratique de la responsabilité	148
Par. 1: La thèse classique	149
Par. 2: La thèse de M. Fabien	149
Conclusion	151
PARTIE II: LES CONDITIONS DE MISE EN OEUVRE DE LA RESPONSABILITÉ	152
SECTION I: La condition du lien de préposition entre le mandant et le mandataire	152
Par. 1: Les critères du lien de préposition en droit positif: application au mandat	155
A) Le choix du préposé	155
B) Le contrat rémunéré	157
C) Le contrôle sur le préposé-mandataire	158
Par. 2: Faut-il supprimer la condition de lien de préposition?	163
SECTION II: La faute dans l'exercice des fonctions	171
Par. 1: Typologie des situations fautives et limite de cette approche	172

Par 2.: Détermination d'un critère d'intégration de la faute aux fonctions	176
I. L'intégration de la faute aux fonctions dans le droit positif	176
A) Le caractère délictuel de l'acte dommageable	176
B) La désobéissance du mandataire	180
C) L'accomplissement de l'acte pendant le travail ou au lieu de travail	182
D) L'intérêt et le bénéfice de l'acte dommageable	184
1) intérêt exclusif de l'une des parties	185
a) intérêt exclusif du commettant-mandant	185
b) intérêt exclusif du préposé-mandataire ..	186
2) intérêt conjoint des parties	188
a) existence <i>in concreto</i>	189
b) existence <i>in abstracto</i>	191
II. L'accomplissement de l'acte dans l'exécution des fonctions dans le Projet de Code civil	194
CONCLUSION ET PROPOSITION	198

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Par la représentation, il est possible de rendre quelque chose ou quelqu'un présents à l'esprit humain en exhibant un objet ou une personne chargés de pouvoirs évocatoires. Ce symbolisme est un trait marquant de l'activité intellectuelle de l'humanité: qu'on pense à la religion, à "la" politique, aux arts. De même, ce mode de communication a largement pénétré le domaine des rapports de droit.

La représentation juridique conventionnelle comprend habituellement trois "actes". Au cours du premier, quelqu'un, le mandant, donne par un contrat, appelé "mandat", à quelqu'un d'autre, le mandataire, le pouvoir de symboliser sa présence, dans un dessein spécifié. Au second acte, un troisième acteur entre en scène. La trame se joue selon le plan du mandant mais en son absence, entre les deux autres personnages. Au troisième acte, dont le début marque la fin du mandat, le mandataire disparaît pour laisser la place au dénouement final entre le mandant et le troisième acteur. Enfin, l'appréciation définitive de la représentation donne lieu à un rappel de tous, où l'on exprime à chacun la valeur attribuée à sa performance.

Ainsi, il faut parfois attribuer la responsabilité, vis-à-vis du tiers, du comportement blâmable du mandataire lors de l'accomplissement de son rôle.

Au Québec, la règle du jeu est énoncée à l'article 1727 du Code civil:

"Le mandant est responsable envers les tiers pour tous les actes de son mandataire faits dans l'exécution et les limites du mandat".

A contrario, on en tire que l'acte accompli en dehors des fonctions et des limites du mandat n'entraîne aucune responsabilité du mandant. La seule question pertinente semble être de savoir si l'acte du mandataire, ayant entraîné un dommage envers un tiers, était autorisé par le mandant¹.

Celui-ci pourra donc dégager sa responsabilité en prouvant que le mandataire a désobéi ou n'a pas suivi à la lettre les prescriptions d'un contrat inconnu du tiers lié avec le mandant. Com-

1. Voir MIGNAULT, *Le Droit civil canadien ...*, tome 8, Montréal, Wilson & Lafleur, 1909, p. 56. Voir aussi: *Agostino v. Lafortune*, [1965] B.R. 106, 113.

ment assurer la protection de cette victime? Un recours direct, contre le mandataire peut souvent s'avérer inefficace ou du moins, moins efficace qu'une action dirigée contre le mandant, fréquemment plus solvable.

L'article 1727 ajoute que si l'acte accompli en dehors des limites du mandat est ratifié par le mandant, il le rend aussi responsable. Quelle est la nature de cette responsabilité? La doctrine classique² estime que la violation d'une obligation contractuelle engage une responsabilité de même nature, alors que celle d'une obligation non contractuelle entraîne une responsabilité quasi-délictuelle ou délictuelle. De plus, la Cour suprême du Canada a récemment affirmé dans l'arrêt *Wabasso*³ que si les deux régimes sont applicables, la victime peut choisir le terrain quasi-délictuel.

Pour la doctrine classique⁴, l'article 1727 C.c. semble fonder normalement une responsabilité de nature contractuelle, plus précisément, une responsabilité contractuelle du fait d'autrui^{4bis}.

2. Voir entre autres: J.L. BAUDOIN, *Les obligations*, Montréal, Y. Blais, 1983, n. 713, p. 400.

3. *Wabasso Ltd. v. The National Drying Machinery Co.*, [1981] R.C.S. 578, voir J.L. BAUDOIN, "L'affaire Wabasso: un débat entre la théorie et la pratique?" (1981-82) 27 *McGill L.J.* 809. Dans l'ensemble la doctrine québécoise critique cette solution; voir notamment: P.-A. CRÉPEAU, "La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien", (1981) 26 *McGill L.J.* 673, pp. 685-695; "Des régimes délictuels et contractuels de la responsabilité civile en droit civil canadien", (1962) 22 *R. du B.* 501, 532; P.G. JOBIN, "Wabasso: un arrêt tristement célèbre", (1981-82) 27 *McGill L.J.* 812; J. PINEAU et M. OUELLETTE, *Théorie de la responsabilité civile*, 2^e éd., Montréal, Thémis, pp. 192 et s.; *contra*: Claude MASSE, "L'abus des fonctions dans la relation préposé-commettant en droit civil québécois", (1978) 19 *C. de D.* 595, 605. Voir aussi M. TANCELIN, "Option et cumul: une mauvaise querelle", (1981-82) 27 *McGill L.J.* 834. Ce dernier auteur estime que la distinction entre les deux régimes de responsabilité est factice et qu'avec l'arrêt *Wabasso*, "la responsabilité civile retrouve son unité conceptuelle" (p. 835-6). Il ajoute, ce que nous approuvons vivement: "La matière relèvera de l'histoire du droit quand le droit international privé aura achevé l'unification en cours du critère des 'contacts les plus significatifs' en matière de contrat et de délit". (p. 836).

4. Voir en ce sens: MIGNAULT, *op. cit.*, note 1, pp. 56 et s.

4 bis. V.M. POURCELET, "La responsabilité du mandant", (1963-64) 66 *R. du N.* 411, 413. Voir aussi: *Guildhall Ins. Co. v. Levac Automobile Ltée*, [1968] B.R. 152.

En effet, cette disposition peut être mise en oeuvre lorsque le mandataire a posé un acte dommageable au tiers "dans l'exécution et les limites du mandat". Dans la mesure où la doctrine classique et moderne⁵ s'entend à considérer que le contrat de mandat consiste à représenter le mandant pour l'accomplissement d'actes juridiques, il résultera de l'exécution du mandat la création d'un lien obligatoire, d'origine contractuelle dans la plupart des cas. Par conséquent, l'article 1727 C.c. intervient alors pour rendre le mandant responsable de l'acte dommageable de son mandataire.

Le tiers pourra obtenir une responsabilité de nature contractuelle, dans la mesure où le lien contractuel a été effectivement créé, et si le dommage a été causé par l'inexécution du contrat entre le mandant et le tiers.

Il en sera ainsi par exemple lorsque le mandataire a caché une partie des faits existants pour pousser le tiers à s'engager, si son acte dolosif n'est pas suffisamment grave pour vicier le contrat.

Au contraire, si le contrat a été annulé, le tiers pourra quand même poursuivre le mandant pour le dol précontractuel du mandataire. La doctrine actuelle y voit aussi un cas de responsabilité contractuelle^{5bis}, bien que l'absence de lien obligatoire contractuel nous pousse plutôt à y voir un cas de responsabilité quasi-délictuelle du fait d'autrui.

Enfin, si le mandat n'avait pas pour objet la création d'un contrat, on se trouvera dans le champ de la responsabilité quasi-délictuelle. Dans ces deux dernières circonstances (annulation ou inexistence d'un contrat) l'article 1727 C.c. pourra quand même servir de fondement à une poursuite si l'acte dommageable appartenait à l'exécution du mandat.

5. Voir MIGNAULT, *op. cit.*, note 1, p. 2; ROCH et PARÉ, *Traité de droit civil du Québec*, tome 13, Montréal, Wilson & Lafleur, 1952, pp. 18 et s.; FABIEN, "L'abus de pouvoir du mandataire en droit civil québécois", (1978) 19 *C de D* 55, 58 et 59; POURCELET, *loc. cit.*, note 4, p. 417; GROFFIER, "L'importance croissante du mandat en droit québécois; les développements récents", (1984-85) 15 *R.D.U.S.* 445, 448; *contra* LANGELIER, *Cours de droit civil de la province du Québec*, tome 5, Montréal, Wilson & Lafleur, 1909, pp. 279-80.

5 bis. V. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, pp. 80-81; POURCELET, *loc. cit.*, note 4, pp. 412-413. *Bellevue Land Ltd. v. Roy*, (1917) 23 R.L. 217.

Il faut donc admettre que théoriquement, rien n'empêche de se servir de l'article 1727 C.c. comme fondement d'une responsabilité contractuelle ou délictuelle du fait d'autrui^{5ter}.

De plus, même si les conditions d'une responsabilité contractuelle du fait d'autrui existent, si l'on accepte que la solution de l'arrêt *Wabasso* s'applique à la responsabilité quasi-délictuelle du fait d'autrui (il s'agissait dans *Wabasso* de responsabilité quasi-délictuelle du fait personnel), le tiers aura le choix du terrain contractuel ou quasi-délictuel dans un recours engagé sur le fondement de l'article 1727 C.c.^{6 7}.

Cependant, la responsabilité quasi-délictuelle de mandant pour le fait d'autrui peut également être fondée sur l'article 1731 du Code civil, selon lequel le mandant:

"[...] est responsable des dommages causés par la faute du mandataire, conformément aux règles énoncées en l'article 1054".

Puisque l'article 1054 appartient au chapitre du Code civil relatif à la responsabilité quasi-délictuelle, il est clair que l'article 1731 édicte une responsabilité de même nature, que le mandant assume sans pouvoir se disculper en prouvant son absence de faute personnelle.

En matière de responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire, on dispose donc de deux articles applicables, le premier, article 1727 C.c., si l'acte a été fait dans l'exécution et les limites du mandat, le second "conformément aux règles énoncées en l'article 1054". Pourquoi l'avoir rattachée à deux articles? Comment les articuler? C'est la première question soulevée par la responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire: il s'agit d'interpréter d'une manière logique les articles 1731 et 1727. Une première solution consiste à voir dans l'article 1731 le prolongement ou l'explication de l'article 1727 quant à ses conditions de mise en oeuvre. Cependant comme il est clair que cette dernière disposition a certainement aussi un domaine contractuel, il est difficile de le concilier simplement avec l'article 1731, puisque ce dernier, en se référant à l'article 1054, indique un domaine exclusivement quasi-délictuel.

5 ter. V. en ce sens FABIEN, *loc. cit.*, note 5, p. 81 ("tantôt contractuelle tantôt légale"); J.L. Lévesque & L.G. Beaubien Ltée v. McMahon, (1978) C.A. 561.

6. Voir POURCELET, *loc. cit.*, note 4, p. 412.

7. Voir FABIEN, *loc. cit.*, note 5, pp. 80-81.

À côté de ce problème d'interprétation, il faut essentiellement se demander sur quel article se fonder pour déterminer les conditions de mise en oeuvre de cette responsabilité quasi-délictuelle du mandant. Si l'on veut donner effet à l'article 1731, il faut rattacher exclusivement ces conditions à cette disposition puisque l'article 1727 ne distingue pas entre celles applicables à son domaine contractuel et celles applicables à son domaine quasi-délictuel. Comme l'article 1731 C.c. renvoie expressément aux conditions de mise en oeuvre de l'article 1054 C.c., on peut estimer qu'en matière de mandat, interviennent celles régissant la responsabilité du commettant, qui ont été amplement développées par la jurisprudence. Il s'agit donc d'une présomption de responsabilité, à laquelle le mandant ne pourra échapper qu'en prouvant que le mandataire n'était pas son préposé, ou que celui-ci n'était pas l'auteur de la faute, ou que celle-ci était intervenue en dehors de l'exécution des fonctions du préposé, ou encore que le dommage résulte d'une faute de la victime, de celle d'un tiers ou d'un cas fortuit. C'est ainsi que dans l'arrêt *Hrera v. Golden Vacuum Cleaners Inc.*, le juge Brossard analysait le problème⁸:

“Pour que le dernier alinéa de l'article 1054 C.c. ait une application, une signification et une utilité distinctes de celles de l'article 1053 C.c. et de l'article 1727 C.c., il faut que l'acte fautif du préposé dont il parle en soit un que le préposé *ne doit pas accomplir ou n'a pas le droit d'accomplir en vertu de son contrat [...] de mandat*, mais qu'il accomplit néanmoins en agissant en qualité de préposé, alors qu'il était assujéti aux ordres de son employeur et alors que son activité s'exerce, de façon générale, au bénéfice de son employeur”.

Cependant, sur le terrain de l'article 1054 C.c., la jurisprudence⁹ a évolué vers une conception assez large de la responsabilité du commettant.

Ainsi le préposé pourra engager la responsabilité de celui-ci lorsqu'il aura commis un acte criminel lors de l'exécution de ses fonctions, si ce faisant, il estimait poursuivre l'intérêt potentiel du commettant et que cet intérêt était plausible.

Doit-on transposer cette conception au plan de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire?

Appliquer ceci à la matière du mandat paraît surprenant au premier abord, étant donné que l'objet même de ce contrat est

8. [1964] C.S. 316, 320 (Les italiques sont de nous).

9. Voir texte, *infra*, partie II, Section II.

l'accomplissement d'affaires "licites", selon l'article 1701 du Code civil. Le mandataire peut, dans l'exécution du mandat, commettre deux sortes au moins de fautes quasi-délictuelles. Il s'agira soit d'un accident causé par l'accomplissement d'une "affaire licite", soit d'un quasi-délit où la volonté propre du mandataire l'a poussé éventuellement jusqu'au crime, en passant par toutes les occasions de vol, d'abus de confiance, d'escroquerie que l'exécution des fonctions, ou du mandat, lui a permises. La première série atteindra surtout un tiers complètement étranger au mandant, alors que la seconde visera plutôt celui qui aurait pu devenir partie contractante.

Ainsi si l'on transpose le domaine de l'article 1054 à l'article 1731, on ne rendra pas le mandant responsable des seuls quasi-délits commis lors des gestes matériels nécessités par l'accomplissement des affaires "licites" juridiques, mais également de n'importe quel délit du mandataire qui aura conservé un intérêt plausible pour le mandant¹⁰.

Or, cette extension de responsabilité, par rapport au domaine de l'article 1727 qui la restreint aux limites du mandat, est contrebalancée, dans l'article 1054 alinéa 7, par la nécessité de prouver l'existence d'un lien de préposition entre commettant et préposé. Ce lien consiste, selon la jurisprudence¹¹ en un contrôle du premier sur le second, relatif à l'accomplissement des fonctions. On restreint ainsi le domaine de l'article 1054, ce qui est normal, puisqu'il s'agit d'une responsabilité quasi-délictuelle exceptionnelle, du fait d'autrui.

Si l'on décide d'interpréter l'article 1731 aux conditions de 1054 alinéa 7, il faut donc transposer aussi celle du lien de préposition. Est-ce possible? Tout dépend de l'étendue du contrôle constituant le lien de préposition. Le mandat laissant en général une assez large liberté d'exécution au mandataire, la doctrine a douté de la possibilité d'appliquer cette condition au mandat¹².

Par conséquent, s'il s'avérait que le mandant n'est que rarement commettant, parce qu'il ne réunit pas le pouvoir de contrôle suffisant, il serait extrêmement rare que sa responsabilité quasi-délictuelle soit engagée pour la faute de son mandataire. Cette situation serait en opposition avec l'orientation générale des

10. *Ibid.*; voir FABIEN, *loc. cit.*, note 5, pp. 81-82.

11. *Id.*, *infra*, Section II.

12. Voir POURCELET, "Quelques réflexions sur le contrat de mandat", (1962) 64 *R. du N.* 412, 420.

règles de la responsabilité civile au Québec, favorisant un "glissement continu" de la responsabilité fondée sur la faute vers le système du risque créé¹³.

Nous nous trouvons face à un problème d'efficacité de mise en oeuvre de l'article 1731 C.c. Pour cette raison l'Office de révision du Code civil a décidé de supprimer la référence de cette disposition à l'article 1054¹⁴. Une partie de la doctrine soutient aussi que pour créer une authentique responsabilité quasi-délictuelle en matière de mandat, il faut abandonner l'exigence d'un lien de préposition¹⁵: la seule qualité de mandant suffirait.

Dans quelle mesure cette orientation, qui prétend élargir notablement le champ de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire, sans déterminer de limite à celle-ci, peut-elle se défendre?

C'est le premier objet de cette étude de réaffirmer la nécessité du principe de la responsabilité du mandant pour le quasi-délit de mandataire. Dans ce but, il nous faudra déterminer s'il existe un fondement actuel à celle-ci. Notre second objet consiste à formuler un cadre satisfaisant ce besoin actuel: il nous faudra résoudre les trois problèmes que nous venons d'évoquer. Comment interpréter logiquement les articles 1727 et 1731 afin de déterminer l'existence d'une telle responsabilité? De quelle disposition, 1731 C.c. ou 1054 C.c., tirer ses conditions de mise en oeuvre? Comment obtenir un mécanisme de responsabilité efficace en matière de quasi délit de mandataire, tout en la maintenant dans des limites raisonnables? L'analyse de la jurisprudence, à laquelle toutes les propositions devront être mesurées présente une difficulté particulière liée au fait que souvent les juges^{15a}, suivant en cela la pratique, assimilent mandat et exécution de tâches matérielles, associées ou non à l'accomplissement d'actes juridiques. À la suite de la doctrine^{15b}, nous considérons au contraire qu'il ne faut utiliser le terme de "mandat" que relativement à

13. Voir AZARD, "L'orientation des règles de la responsabilité civile en droit québécois", (1966) 26 *R. du B.* 474, 476.

14. Voir O.R.C.C. *Rapport sur le mandat*, Montréal, 1976 (inédit), article 31 "Le mandant est responsable du dommage causé par la faute du mandataire dans l'exécution de son mandat."; cité par FABIEN, *loc. cit.*, note 5, p. 82.

15. FABIEN, *ibid.*

15a V. par exemple, *Dame Lacey v. Hébert*, [1945] B.R. 507, 511.

15b V. *supra*, note 5.

un contrat dont la prestation caractéristique est l'accomplissement exclusif d'actes juridiques. Seuls certains gestes matériels accessoires directement liés à cette obligation peuvent être inclus dans l'exécution d'un mandat^{15c}. Par conséquent, nous devons accorder un poids moindre aux décisions où cette distinction n'est pas faite, mais où néanmoins les juges ont exprimé des opinions importantes pour le domaine de notre étude.

Nous tâcherons de répondre à ces questions en examinant tout d'abord dans une première partie, les fondements invoqués pour justifier l'existence de cette responsabilité (Partie I). Nous verrons qu'il est impossible de dégager un fondement théorique unique à ce principe (Section I) mais que des considérations pratiques militent en sa faveur (Section II). Ayant admis que son maintien était nécessaire, ainsi que l'a décidé le Projet de Code civil, nous chercherons alors à déterminer les conditions de cette responsabilité propre au mandat (Partie II). La référence de l'article 1731 C.c. à l'article 1054 C.c. projette théoriquement l'exigence de la qualité de commettant en la personne du mandant. L'analyse de la jurisprudence nous montrera pourtant que les juges l'ont pratiquement abandonnée (Section I). Par conséquent, il faudra alors déterminer dans quelle mesure la seule condition réelle existante, à savoir l'accomplissement de la faute "dans l'exécution des fonctions" confiées au mandataire, peut remplir seule son rôle (Section II), comme le Projet de Code civil l'a décidé.

À notre avis, la détermination de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire ne peut se contenter d'une telle condition en raison de son imprécision: dans certaines espèces, il est totalement arbitraire de déterminer ce qui appartient ou non à l'exécution des fonctions. Il en est ainsi notamment des vols pratiqués grâce aux instruments mis à la disposition du mandataire pour accomplir sa tâche. Il faut donc préciser ce que l'on entend par acte ou quasi-délit qu'il est nécessaire d'intégrer à l'exécution des fonctions de celui-ci, si l'on veut assurer l'existence effective d'une responsabilité quasi-délictuelle du mandant. Nous proposerons une rédaction nouvelle au futur article 1731 C.c. qui tienne compte de ce besoin. Nous proposerons également une condition supplémentaire à cette responsabilité, indépendante de l'existence d'un lien de préposition, que l'on pourrait tirer de l'article 1054 C.c. alinéa 1, dans les circonstances où les limites du mandat ont été dépassées, lorsque

15c V. en ce sens: FABIEN, *loc. cit.*, note 5, p. 82.

l'acte a cependant conservé un intérêt plausible pour le mandant. Nous aurons atteint notre objectif puisqu'on disposera alors d'une responsabilité quasi-délictuelle du fait d'autrui propre au mandat et adaptée à ce contrat, que les différentes catégories de tiers (ceux qui sont engagés vis-à-vis du mandant, ou qui auraient pu l'être, et ceux qui lui sont restés totalement étrangers parce qu'ils ne détenaient pas les qualités recherchées par le mandant), pourront articuler sur des fondements et dans des conditions propres à chacune.

PARTIE I - LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITÉ QUASI-DÉLICTUELLE DU MANDANT POUR LA FAUTE DU MANDATAIRE

Introduction: Les caractères généraux et la responsabilité du mandant pour la faute du mandataire selon l'article 1731 C.c.

Le mandant sur le fondement de l'article 1731 du C.c. assume une responsabilité civile, ne couvrant pas le droit pénal¹⁶. Ceci découle du fait que cette responsabilité est assumée pour la faute d'autrui.

De son caractère de responsabilité du fait d'autrui découlent aussi plusieurs conséquences. Cette responsabilité s'ajoute à celle du mandataire¹⁷. Si le tiers choisit de poursuivre le mandant, celui-ci peut alors se retourner contre son mandataire¹⁸. Vis-à-vis du tiers le mandant dispose de tous les moyens de défense de celui-ci, comme l'absence de faute¹⁹.

Cette responsabilité peut se combiner avec celle du fait personnel du mandataire, avec celle du mandant (C.c. 1053), et avec la responsabilité du fait des choses de l'article 1054 alinéa 1^{19a}.

16. Mais le mandant pourra être tenu de réparer le dommage civil occasionné par le crime du mandataire voir A. NADEAU et R. NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971, n. 351.

17. Voir NADEAU, *id.*, n. 352; J.L. BAUDOIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Y. Blais, 1985, n. 482.

18. Sauf bien sûr si le quasi-délit était la suite d'une instruction du mandant, ou si celui-ci était lui-même en faute: voir NADEAU, *ibid.*; BAUDOIN, *ibid.*

19. Voir NADEAU, *id.*, n. 354; BAUDOIN, *id.*, n. 474.

19a. Voir BAUDOIN, *id.*, n. 484.

Ainsi le mandataire qui commet un délit lors de l'exécution de ses fonctions en se servant d'un outil, d'un instrument, d'un véhicule qu'il a sous sa garde sera poursuivi personnellement et en tant que gardien de la chose. Cette dernière responsabilité consacre une présomption de faute²⁰.

Une question pourrait alors se poser relativement à la responsabilité du mandant: pourra-t-elle être engagée parce que le mandataire, qui ne se trouve pas en situation de préposition, a été déclaré responsable du fait des choses, alors que la faute personnelle de ce dernier n'a pas été prouvée²¹? L'article 1731 du C.c. indique expressément que le mandant est responsable de la faute (et non simplement "du fait", comme en droit français) de son mandataire. Par conséquent, la faute de celui-ci doit être prouvée et le mandant ne pourra pas être rendu responsable simplement parce que son mandataire était gardien de la chose^{21a}. Au contraire, l'article 1731 C.c. pourra être mis en œuvre si le mandataire, en qualité de préposé, a commis une faute prouvée.

Enfin, cette responsabilité est de nature objective, c'est-à-dire que le mandant commettant ne peut pas se dégager en prouvant l'absence de sa faute personnelle, à partir du moment où les conditions d'application de l'article 1731 du Code civil sont réunies²², c'est-à-dire si le mandataire est fautif, et si celui-ci, tout en étant son préposé, a accompli son acte dommageable dans l'exercice de ses fonctions, dans la mesure où l'on estime que ces conditions sont identiques à celles de l'article 1054 alinéa 7.

L'existence du principe de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire, selon l'article 1731, a donné lieu à une discussion doctrinale au terme de laquelle le Comité sur le mandat a décidé de le maintenir, tout en élargissant, semble-t-il, son domaine d'application. Cette prise de position nécessite de rechercher le fondement de cette responsabilité.

20. Il suffit de prouver la qualité de gardien et le lien de causalité pour être responsable; voir: BAUDOUIN, *id.*, n. 641 et s.

21. La question fait l'objet d'un débat en France. Voir par exemple: LARROUMET, "Responsabilité du fait d'autrui", in *Répertoire de Droit Civil*, Dalloz (dir. de public. Raymond), tome VI, Paris, (Encyclopédie juridique Dalloz) 2^e éd., 1970-76, avec mise à jour, n. 10 et s.; MAZEAUD et TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome 1, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965, n. 866 et s.

21a. Voir cependant BAUDOUIN, *id.*, n. 502.

22. Voir NADEAU, *op. cit.*, *supra* note 16, n. 353; BAUDOUIN, *op. cit.*, note 17, n. 485 et 500.

Deux directions ont été prises par ceux qui souhaitent son abandon et par ceux qui sont favorables à son maintien. La première consiste à rechercher son fondement théorique dans des notions abstraites: la faute, le risque, la représentation, la garantie. La seconde a situé le débat au niveau d'un fondement plus pratique.

Section I - Le fondement théorique de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire

Nous examinerons comment la doctrine classique et le droit positif ont fondé théoriquement la responsabilité du mandant pour le quasi-délit du mandataire (par. 1). Puis nous étudierons la position du Comité sur le mandat de l'O.R.C.C. (par. 2).

par. 1 - Le fondement selon la doctrine classique et le droit positif

Pourquoi la faute quasi-délictuelle du mandataire entraîne-t-elle la responsabilité du mandant, en sus de celle du mandataire? L'article 1731 du Code civil ne trouve pas son équivalent dans le Code Napoléon.

Son fondement ne peut être trouvé dans la théorie du mandat, car un tel contrat est un acte passé en vue de l'accomplissement par le mandataire d'une affaire "licite"²³. Donc le quasi-délit de celui-ci ne peut être l'objet d'un mandat valide. C'est dans la théorie générale de la responsabilité du fait d'autrui, à laquelle l'article 1731 fait renvoi par le biais de l'article 1054, qu'il faut rechercher ce fondement.

Les codificateurs québécois ont tiré ces deux articles principalement des écrits de Pothier. Cet auteur explique que la responsabilité

"a été établi[e] pour rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques"²⁴.

L'article 1384, alinéa 5 du Code Napoléon, correspondant à l'article 1054 du C.c., s'inspire aussi du même auteur, et les rapports des codificateurs français font appel soit à une faute de choix du commettant, soit à sa faute dans la surveillance du préposé²⁵.

23. Voir art. 1701 C.c.

24. POTHIER, *Obligations*, vol. 2, par Bugnet, n. 121.

25. Voir MAZEAUD et TUNC, *op. cit.*, note 21, n. 930.

On a aussi fait appel pour le Code Napoléon à l'idée de profit: le commettant est condamné parce qu'il tire profit de l'activité du préposé²⁶. Les codificateurs québécois font en plus référence à Story, selon lequel le "principal"...

"warrants his [agent's] fidelity and good conduct in all matters within the scope of the agency"²⁷.

Faute de choix ou de surveillance, profit d'activité ou garantie de conduite: en droit français comme en droit québécois, les codificateurs ne semblent pas avoir eu une théorie précise à l'esprit²⁸. Nous allons voir que cette attitude s'est retrouvée dans le Projet de Code civil²⁹. La doctrine³⁰ a proposé quatre thèses principales pour expliquer cette responsabilité du mandant, fondée sur les idées de la faute, du risque, de la garantie et de la représentation. Aucune n'étant suffisante à elle seule, les auteurs tendent maintenant à renoncer à fournir un fondement théorique unique.

A) La faute du commettant dans le choix ou la surveillance du préposé

La théorie traditionnelle remontant au droit romain est celle de la faute de choix du commettant, telle que l'expose Pothier, ou de la faute de surveillance du préposé³¹.

La doctrine actuelle a abandonné cette théorie³². D'abord, le commettant ne choisit plus toujours son préposé³³: la préposition est une situation juridique objective. Toutefois, en ce qui concerne les relations entre mandant et mandataire, cet argument n'a que peu de poids, puisque le premier choisit toujours le second.

26. *Ibid.*

27. *Story on Agency*, par Greenough, par. 452.

28. MAZEAUD et TUNC, *op. cit.*, note 21, pp. 1006-7.

29. Voir MASSE, *loc. cit.*, note 3, p. 602; voir *infra*, par. 2, pour l'O.R.C.C.

30. Voir BAUDOUIN, *op. cit.*, note 17, n. 490 et s.

31. MAZEAUD et TUNC, *op. cit.*, note 21.

32. Voir PINSONNEAULT, "Notions de commettant et de préposé en droit civil", (1954) 1 *C. de D.* 77, 78; A. BERNARDOT et R. KOURI, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1980, n. 535.

33. *Ibid.* Voir J. PINEAU et M. OUELLETTE, *op. cit.*, note 3, p. 97.

La principale critique que l'on porte à cette idée de faute personnelle du commettant résulte du fait que les commettants ne peuvent se disculper en prouvant leur absence de faute³⁴.

La jurisprudence québécoise s'est à plusieurs occasions prononcée en faveur de la théorie traditionnelle de la faute personnelle du commettant, dans des arrêts anciens où il n'y avait pas de mandat, et dans une espèce récente où il en existait un.

Ainsi, dans *Governor and Company of Gentlemen Adventurers of England v. Vaillancourt*³⁵ le juge Brodeur a condamné la compagnie à réparer le dommage occasionné à Vaillancourt par son préposé qui, ivre, lui avait tiré dessus pour affirmer son autorité. Le juge a alors expliqué:

"Cette responsabilité est évidemment bien étendue, mais elle vient de cette considération que les maîtres ou les commettants ont à se reprocher d'avoir donné leur confiance à des hommes méchants, maladroits ou imprudents"³⁶.

De même, le juge Mignault, dans l'arrêt de la Cour Suprême du Canada rendu dans l'affaire *Quebec Liquor Commission v. Moore*³⁷, a dit:

"Cette responsabilité a pour motif d'abord le choix du préposé et ensuite et surtout l'autorité et le droit de surveillance que le maître a sur lui"³⁸.

34. Si ceux-ci sont déclarés responsables même lorsqu'ils n'ont pas été personnellement fautifs, la faute personnelle ne peut logiquement constituer le fondement de leur responsabilité. Voir BAUDOIN, *op. cit.*, note 17, n. 492; MASSE, *loc. cit.*, note 3, p. 600; BERNARDOT et KOURI, *op. cit.*, note 32; PINEAU et OUELLETTE, *op. cit.*, note 3.

35. *Governor and Co. of Gentlemen Adventurers of England v. Vaillancourt*, [1923] R.C.S. 414.

36. *Id.*, p. 424 voir aussi dans le même sens, p. 432, par le J. MIGNAULT: "Elle devait choisir ses gérants avec soin et les surveiller efficacement, et c'est à raison de ce devoir du maître que l'article 1054 C.c. le rend responsable du dommage causé par ses préposés dans l'exercice de leurs fonctions, sans qu'il puisse se disculper en prétendant qu'il ne pouvait empêcher le fait qui a causé le dommage".

37. *Québec Liquor Store Commission v. Moore*, [1924] R.C.S. 540.

38. *Id.*, p. 555. Voir aussi *Curley v. Latreille*, [1920] 60 R.C.S. 131, p. 155 (par le juge Anglin), pp. 168-9 (par le juge dissident Brodeur) et p. 176 (par le juge Mignault); *Central Vermont Railway Co. v. Dame Bain*, (1919) 28 B.R. 45, 52 (par le juge Désy, dissident); *Donaldson v. Deschênes*, (1914) 49 R.C.S. 136, 142 (par le juge Brodeur); voir BAUDOIN, *op. cit.*, note 17, n. 490.

Plus récemment, cependant la Cour d'appel a repris ce motif dans l'arrêt *British American Oil Co. v. Roberge*³⁹, où elle a considéré qu'un distributeur d'essence avait le statut de facteur, ce qui entraînait l'application de l'article 1731 du C.c. et la responsabilité du mandant.

B) La théorie de la représentation

Il semble plus réaliste de soutenir que le commettant est responsable de la faute de son préposé parce que ce dernier le représente aux yeux des tiers⁴⁰. Cette théorie de la représentation est d'autant plus intéressante dans le domaine du mandat, que le mandataire représente essentiellement le mandant. Cependant le cadre du mandat nous indique directement les limites de cette idée. Le mandataire ne représente le mandant sur le terrain contractuel, que dans la mesure où il exécute une tâche faisant l'objet du mandat. Sinon, le mandant est dégagé de responsabilité selon les articles 1727 et 1715 du C.c. Sur le plan de la responsabilité quasi-délictuelle, l'article 1054 édicte que le commettant ne réparera que le dommage résultant d'un acte accompli dans l'exercice des fonctions attribuées.

Or, par hypothèse, le quasi-délit du mandataire qui accomplit sa fonction n'entre pas dans le cadre du contrat, même si l'acte qui a entraîné le dommage l'était⁴¹. Il s'agira d'une négligence, d'un abus de fonction non autorisé par le mandant, d'un acte peut-être même interdit spécifiquement. Donc affirmer qu'alors le mandataire représentait le mandant constitue une déformation de la réalité. De plus, si l'on considère que la représentation dans le cadre du mandat ne s'attache qu'à des actes juridiques, il ne peut pas exister de prétendue "représentation délictuelle"⁴².

39. *British American Oil Co. v. Roberge*, [1964] B.R. 18, 28 (par le juge Tremblay), *conf.* le 9 juin 1964, [1964] R.C.S. V; voir le commentaire de M. POURCELET, *loc. cit.*, note 4, 411. L'auteur cependant conteste l'existence d'un lien de préposition entre le distributeur et la compagnie vendant l'essence, ce qui, selon l'auteur (p. 418), dégageait celle-ci de responsabilité.

40. MADEAUD et TUNC, *op. cit.*, note 21, n. 859, n. 934; RIPERT et BOULLANGER, *Traité de Droit Civil*, t. 2, n. 1115, p. 429.

41. Voir en ce sens: *Agostino v. Lafortune*, [1965] B.R. 106, 113 (Juge Casey).

42. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 17, n. 496; BERNARDOT et KOURI, *op. cit.*, note 32, p. 353, note 538 (1).

L'idée de la représentation n'est donc pas une justification satisfaisante à la responsabilité édictée par l'article 1054 C.c. alinéa 7. D'autant plus que cela revient à faire assumer au mandant une faute, ce qui est illogique puisque l'absence de faute ne peut le disculper⁴³. Toutefois cette justification se trouve à la base de certaines décisions québécoises⁴⁴.

C) La théorie du risque

Selon M. Planiol:

“quiconque entreprend un travail pour en tirer un profit pécuniaire accepte nécessairement, comme contrepartie inévitable, le risque des dommages injustes que ce travail peut causer à autrui”⁴⁵.

Le mandant assume une responsabilité objective, sans faute, fondée sur le risque que sa recherche du profit entraîne pour les tiers. C'est la “loi de connexité entre le profit et le risque”⁴⁶. On peut apporter plusieurs arguments à l'encontre de la théorie du risque-profit⁴⁷. Notamment, lorsqu'un commettant permet que son préposé soit employé par un “patron momentané”, les deux commettants profitent de l'entreprise. Mais la responsabilité n'est assumée que par celui qui employait réellement le préposé au moment du dommage⁴⁸. De plus, si l'activité n'entraîne aucun profit, le commettant ne devrait pas être déclaré responsable⁴⁹. Il semble que l'idée du profit soit trop “distante” du dommage pour constituer un critère précis⁵⁰. On a parlé alors du risque “créé”⁵¹ par l'activité du commettant. On apporte contre cette thèse l'argument que si le risque était le fondement exact, alors

43. Voir BERNARDOT et KOURI, *ibid.*; PINEAU et OUELLET, *op. cit.*, note 3, pp. 97-8.

44. Voir ainsi: *Chrétien v. Crowley*, (1882) 5 L.N. 268 (B.R.) p 271.

45. Voir *Études sur la responsabilité civile*, Rev. crit. législ. et juris., 1909, p. 298 et s., cité par MAZEAUD et TUNC, *op. cit.*, note 21, p. 1009.

46. *Ibid.*

47. voir MAZEAUD et TUNC, *op. cit.*, note 21, p. 1010; BERNARDOT et KOURI, *op. cit.*, note 32, n. 538.

48. MAZEAUD et TUNC, *ibid.*

49. PINSONNEAULT, *loc. cit.*, note 32, p. 79, citant RIPERT et BOULANGER, *op. cit.*, note 40, n. 1125.

50. Au Québec, M. NADEAU soutient la théorie du risque de préférence à celle de la faute: voir NADEAU, *op. cit.*, note 16, n. 396, p. 382.

51. Voir par exemple: B. STARCK, *Droit civil Obligations*, Paris, Librairies Techniques, 1972, n. 46 et 47.

le commettant ne pourrait pas réclamer un remboursement au préposé⁵². Cependant, vis-à-vis du tiers, cette idée du risque peut tout de même expliquer la responsabilité pour autrui.

Mais cette théorie peut pousser à rendre le commettant responsable de tout acte du préposé qui a un rapport quelconque avec l'activité, même s'il ne constitue pas une faute; on aboutit à la théorie de la "garantie", soutenue en France par MM. Starck⁵³ et Larroumet⁵⁴.

D) La théorie de la garantie

La théorie de la garantie implique que le mandant devienne une sorte de caution légale du mandataire⁵⁵.

Le tiers n'a pas à prouver la faute du "responsable" lorsqu'il s'agit d'un dommage corporel ou matériel⁵⁶. Mais cette explication revient en fait à l'idée de la représentation⁵⁷, qui n'a pas grande valeur en ce contexte quasi-délictuel. De plus le droit québécois réclame la preuve d'une faute de la part du mandataire dans tous les cas⁵⁸.

Ainsi que le conclut M. Baudouin au Québec, le meilleur fondement se situe quelque part entre l'idée du risque et celle de la garantie⁵⁹. L'article 1054 du C.c. reconnaît que le commettant n'envisage le risque que dans cette mesure: il ne doit garantir la réparation du préjudice que dans la mesure exacte du risque qu'il a pris. Celui-ci ne comprend pas l'acte qui n'a aucun rapport avec la fonction, c'est-à-dire l'excès de pouvoir. Mais il comprend l'abus d'exercice de la fonction. La faute du préposé ou du mandataire n'intervient pas dans le fondement de la responsabilité

52. *Id.*, n. 595. Voir PINEAU et OUELLETTE, *op. cit.*, note 3, p. 97.

53. STARCK, *op. cit.*, note 51, n. 58 et s.

54. LARROUMET, *op. cit.*, note 21, n. 311 et s.

55. Voir LARROUMET, *ibid.* Voir critique: PINEAU et OUELLETTE, *op. cit.*, note 3, p. 98.

56. Alors qu'il devra le faire en cas de dommage moral ou économique. V. LARROUMET, *id.*, n. 303. En ce qui concerne le mandat, la plupart du temps, il ne s'agira que d'un dommage matériel ou corporel, donc il faudra prouver la faute du "responsable".

57. *Id.*, n. 304

58. Voir MASSE, *loc. cit.*, note 3, pp. 600-601; BERNARDOT et KOURI, *op. cit.*, note 32, n. 538.

59. *Op. cit.*, note 17, n. 494 et 498-9; (M. Baudouin se décide finalement en faveur du "risque d'activité"); voir aussi: MASSE, *loc. cit.*, note 3, *ibid.*

du mandant, mais constitue une condition objective de sa mise en oeuvre. Le risque pris par ce dernier comprend également le choix d'un mandataire ayant les qualités requises pour la tâche à accomplir⁶⁰.

On trouve une espèce assez ancienne mais très précise, portant directement sur un mandat, où la responsabilité du mandant est fondée sur l'idée du risque qu'il fait courir aux tiers en choisissant d'agir par intermédiaire. Dans *C.P.R. v. Hodgson Summer Co.*⁶¹ la Cour d'appel devait décider si la compagnie C.P.R. devait être déclarée responsable du vol de marchandises qu'elle transportait par l'intermédiaire de Dominion Transport, et qui appartenaient à Hodgson Summer Co. Jutras, un employé de Dominion Transport avait, sans permission, prêté un véhicule marqué C.P.R. à des malfaiteurs qui étaient allés prendre livraison des marchandises de Hodgson, en signant un connaissement marqué "C.P.R.". Le juge Dorion retient la responsabilité de C.P.R. et de Dominion Transport, tout en refusant de considérer que ces deux compagnies avaient fait une faute dans le choix de Jutras. Le juge Dorion explique que cette présomption n'apportait rien à l'espèce parce que Jutras n'avait pas agi dans l'exercice de ses fonctions en prêtant une voiture alors qu'il n'avait aucun droit de le faire⁶². Le juge situe la responsabilité du mandant dans le fait que C.P.R. prenait le risque de certifier l'identité de ses employés pour ses clients, puisqu'elle leur demandait confiance dans son enseigne, et qu'il était impossible pour elle de contrôler ou de surveiller cette identité. Le juge termine ainsi:

"Et cela est logique; car si [C.P.R.] qui par son représentant [...] a contrôle sur sa voiture et sur ceux qui la conduisent, court des risques, comment peut-elle exiger que ses clients, qui n'ont aucun contrôle et sont sans protection, prennent le même risque? Si le système est défectueux, qui doit en souffrir, sinon celui qui l'emploie?"⁶³

Finalement, c'est dans l'idée générale de la protection du tiers que réside le fondement de la responsabilité du mandant⁶⁴.

60. Voir en ce sens MASSE, *id.*, notamment p. 639: "La personnalité du préposé fait partie des conditions nécessaires pour qu'il puisse remplir sa fonction...".

61. *C.P.R. v. Hodgson Summer Co.*, (1921) 31 B.R. 170.

62. *Id.*, p. 178.

63. *Id.*, p. 180.

64. Voir en ce sens, FABIEN, *loc. cit.*, note 5, pp. 90-91.

C'est à cette même conclusion que mène l'étude de la position du Comité sur le contrat de mandat sur ce fondement.

par. 2 - Le fondement selon le Projet de Code civil

Lors des débats du Comité sur le mandat, ou dans des observations écrites, les tenants de la suppression de la responsabilité du mandant ont estimé qu'il était injuste de le rendre responsable alors qu'il n'avait commis aucune faute personnelle⁶⁵ (s'il en avait commis une, il serait directement responsable selon l'article 1053 du C.c.). Nous avons vu que ce fondement classique de la responsabilité quasi-délictuelle du commettant a été abandonné par la doctrine⁶⁶, bien que la jurisprudence l'utilise encore⁶⁷.

L'article 1054 alinéa 7 édicte une présomption irréfragable de responsabilité. La situation sera différente si le projet de Code civil est adopté tel quel, puisque l'article 31 de celui-ci⁶⁸ ne fait plus référence à cet article 1054 alinéa 7. Par conséquent, la question se pose de savoir si le législateur imposera encore une présomption irréfragable, ou s'il s'agira seulement d'une présomption simple. Dans ce dernier cas, on pourrait à nouveau soutenir que la faute du mandant constitue le fondement de sa responsabilité.

On pourrait soutenir qu'il ne devrait s'agir que d'une présomption simple, étant donné que dans le projet d'article, les conditions de cette responsabilité ne sont pas précisées, et que face à un élargissement du domaine de sa responsabilité, par rapport au modèle de l'article 1731 (restreint lui par les conditions de l'article 1054) il semble prudent de rééquilibrer la balance par une protection ultime du mandant: la possibilité de prouver son absence de faute. Le professeur Fabien estime, lui, qu'il s'agit d'une présomption "absolue"⁶⁹. Le texte lui-même ne paraît pas devoir comprendre d'exception.

Le Comité sur le contrat de mandat exprime ainsi le fondement de la responsabilité du mandant:

65. Voir O.R.C.C., doc. P/A/8 (*Procès verbal de la 8^e réunion du Comité du contrat de mandat*), p. 4 (Mes PINEAU et GOLDSTEIN).

66. Voir *supra*, note 56.

67. Voir *British American Oil Co. v. Roberge*, [1964] B.R. 18, 28 (par le juge Tremblay), *conf.* le 9 juin 1964, [1964] R.C.S. V.

68. O.R.C.C., *Rapport sur le mandat*, Montréal, 1976, (inédit), article 31.

69. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, p. 82.

“... il est normal que celui qui s’est choisi un représentant pour agir à sa place, supporte la faute commise par celui qu’il s’est précisément choisi, lorsqu’il s’agit d’une faute commise dans l’exécution même du mandat, étant bien entendu qu’il n’en sera pas de même s’il s’avère que l’acte dommageable provenant de la faute du mandataire a été commis seulement à l’occasion du mandat”⁷⁰.

Par cette phrase assez peu explicative le Comité laisse entendre d’abord que la faute du représentant entraîne la responsabilité du représenté, qui est censé l’avoir commise lui-même. Ce dernier toutefois ne “garantit” pas au tiers la réparation de toute action du représentant: il doit y avoir une faute de ce dernier dans l’exécution du mandat. La théorie de la “garantie” ne constitue donc pas le fondement du texte du projet. C’est celle de la représentation, derrière laquelle on l’a dit, on discerne celle de la faute du mandant, qui joue ce rôle⁷¹. Ceci peut expliquer par ailleurs que l’article du projet ne constituerait qu’une présomption simple de responsabilité.

Cependant, la justification de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant par la représentation a été sérieusement remise en cause par l’argumentation de Me Clarence Smith, favorable à la suppression de l’article 1731⁷².

Il est certain que la jurisprudence⁷³ et la pratique⁷⁴ ont employé le mot “mandat”, non seulement pour l’accomplissement d’actes juridiques, mais aussi lorsque le “mandataire” avait pour tâche d’accomplir également des gestes matériels. Mais la doctrine⁷⁵, de même que le Comité sur le mandat⁷⁶ sont d’avis que l’essence de ce contrat se trouve dans l’idée de représentation en

70. O.R.C.C., *Rapport sur le contrat de mandat*, XVI, Montréal, 1971, p. 36.

71. Voir *supra*, par. 1, (B).

72. O.R.C.C., doc. P/L/4, pp. 1 et 4 (*Observations* reçues par l’O.R.C.C.)

73. Voir ainsi: *Bernard v. Cloutier*, [1982] C.A. 289 (médecin); *Trans Québec Helicopters Ltd. v. Heirs of... David Lee*, [1980] C.A. 596, 603; *Dame Lacey v. Hébert*, [1945] B.R. 507, 511 (“mandat” donné à un huissier de découvrir l’adresse du débiteur). Voir aussi *infra*, note 161.

74. Voir en ce sens: *Rapport Sun Life Assurance Co.*, doc. P/L/21, (observation du 14 mars 1972) p. 1, par M. J.A. BRABANT: “Les mandataires aujourd’hui remplissent bien des fonctions qu’on qualifierait difficilement d’acte juridique...”.

75. Voir MIGNAULT, *op. cit.*, note 1, p. 2; ROCH & PARÉ, *op. cit.*, note 5, pp. 18 et s.; FABIEN, *loc. cit.*, note 5, pp. 58 et 59; *contra*: LANGELIER, *op. cit.*, note 5, pp. 279-280.

76. O.R.C.C., Comité du contrat de mandat, *Rapport sur le contrat de mandat*, XVI, Montréal, 1971, p. 10.

vue de l'accomplissement *exclusif* d'actes juridiques. Aussi, l'article 1 du rapport sur le mandat de l'O.R.C.C. énonce-t-il comme définition:

"Le mandat est le contrat par lequel une personne charge une autre personne de la représenter dans l'accomplissement d'actes juridiques"⁷⁷.

Cette définition, ainsi que sa note explicative excluraient donc formellement du mandat tout contrat ayant pour objet des actes matériels.

M. Clarence Smith, en puriste, a estimé que reprendre le principe de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant "trahissait" cette volonté d'exclure la représentation dans les actes matériels, parce que l'accomplissement d'un quasi-délit ne pouvait pas être compris dans l'objet d'un mandat⁷⁸. Par conséquent il sera toujours accompli "à l'occasion" de celui-ci et le mandant ne serait jamais responsable. D'où M. Clarence Smith conclut, sur l'article du Projet correspondant à l'article 1731 C.c., que la place de cette disposition "délictuelle" n'était pas dans le chapitre relatif au mandat⁷⁹.

À ceci, le Comité pouvait cependant estimer avoir déjà répondu dans sa note explicative: il est bien entendu que la responsabilité ne sera engagée que si la faute a été commise "dans l'exécution *même*" du mandat. Le Comité "se débarassait" ainsi à l'avance de la tâche de justifier plus précisément le maintien de l'*existence* du principe de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant, en déplaçant le débat au niveau de ses *conditions* d'exercice, où il allait d'ailleurs se poursuivre.

M. Clarence Smith vint soutenir son point de vue à la dernière réunion du Comité sur le mandat, à la suite de quoi son rapporteur note:

"La question de la responsabilité du mandant telle qu'édictée par l'article 35 semble devoir être remise en question"⁸⁰.

77. *Id.*, article 1.

78. Doc. P/L/4, cité *supra*, note 72, p. 1; voir en ce sens, *Agostino v. Lafortune*, [1965] B.R. 106, 113.

79. *Id.*, p. 4. Maître Clarence Smith ne dit pas cependant que sa place se trouverait dans le chapitre sur les quasi-délits: il semble que son opinion soit défavorable à l'existence même de la responsabilité du mandant pour le quasi-délit du mandataire.

80. O.R.C.C., doc. P/A/17, (*Procès verbal* de la 17^e réunion du Comité sur le contrat de mandat, du 16 mai 1972), p. 2.

Mais ce constat d'incertitude concernait plus probablement les conditions de la responsabilité du mandant que son principe. En effet, il est possible de contourner l'obstacle de la théorie de la représentation en reconnaissant que l'exécution même de l'objet du mandat comporte nécessairement des actes matériels, sans que ceux-ci n'en soient l'objet *principal*. Ainsi que l'exprime justement le professeur Fabien, ne sont exclus de l'exécution du mandat que les gestes matériels dommageables du mandataire "qui n'auraient pas un lien direct avec les actes juridiques qu'il a mission d'accomplir"⁸¹.

Malgré tout, il faut reconnaître que la théorie de la représentation ne justifie pas parfaitement la responsabilité du mandant. On doit revenir à l'idée de faute, sans doute paradoxale, puisque l'absence de faute ne le libère pas de ses obligations extracontractuelles.

En fait on peut justifier la règle par des arguments pratiques, plutôt qu'avec un fondement théorique fuyant.

Section II - Le fondement pratique de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire

S'il est si difficile de justifier théoriquement la règle de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant, faut-il la supprimer?

Le réalisme impose le contraire. Il est évident que le mandat ne peut être exécuté que par des gestes matériels, même s'il s'agit d'apporter des documents juridiques au tiers, même s'il faut uniquement le persuader par des paroles de signer un contrat. Ces gestes peuvent entraîner des dommages aux tiers: refuser de rendre le mandant responsable de ceux-ci, au prétexte qu'une théorie serait insatisfaisante, aurait pour résultat de faire supporter l'insolvabilité du mandataire au tiers. C'est précisément pour ce motif pratique que l'un des dissidents du Comité sur le mandat a décidé de franchir le pas et d'approuver le principe, en dépit du fait que son explication laisse à désirer⁸².

Cependant deux autres arguments ont été développés quant au maintien du principe: celui du double emploi de l'article 1731 avec l'article 1054⁸³ et celui de l'inapplicabilité du principe, en

81. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, p. 82.

82. Me RENAUD, lors de la 8^e réunion du Comité, le 3 novembre 1970, voir doc. P/A/8 (*Procès verbal* de la 8^e réunion du Comité), p.5.

83. Voir O.R.C.C., *Rapport sur le travail de Recherche sur le mandat*, présenté par H. RICHARD et D. SALOMON, Montréal, 1969, p. 21; O.R.C.C., doc. P/A/2 (*Procès verbal* de la 2^e réunion du Comité, le 21 avril

raison de l'absence de lien de préposition entre mandant et mandataire⁸⁴. Ces arguments sont issus directement du débat sur les conditions d'exercice du principe.

Deux thèses s'affrontent ici: la doctrine classique et une opinion plus récente.

par. 1 - la thèse classique

La position de tous les auteurs classiques⁸⁵, exégétiques, consiste à estimer que l'article 1731 ne constitue qu'un renvoi, qu'un article "de style" entre le mandat et la responsabilité quasi-délictuelle, sans autre contenu que cette fonction limitée. Ceci expliquerait peut-être son absence d'équivalent dans le Code Napoléon, ainsi que sa rédaction brève.

Dans cette ligne de pensée, ce n'est qu'en tant que commettant que le mandant doit réparer le dommage⁸⁶. La présence de l'article 1054 C.c. suffisait donc; l'article 1731 serait inutile. Dans cette mesure, on ne peut quasiment plus dire qu'il existe un principe de responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire.

La qualité de préposé, nécessitant un contrôle relativement ferme et immédiat de la part du commettant, semble a priori difficilement concevable pour le cas du mandataire qui bénéficie la plupart du temps du choix des moyens légaux d'atteindre l'objet du mandat⁸⁷.

Pour ces raisons, le professeur Fabien⁸⁸ a présenté une autre thèse allant à l'opposé de la doctrine classique.

par.2 - La thèse de M. Fabien

L'auteur propose de donner à l'article 1731 le rôle qui lui convient à l'intérieur de la théorie du mandat. Comme l'argument du double emploi entre les articles 1731 et 1054 C.c. n'est soutenable que si les deux dispositions interviennent aux mêmes

1970), à la p. 3 où le rapporteur indique que les membres du Comité devaient répondre à la question: " ... l'article 1731 a-t-il raison de subsister?"; voir aussi l'observation de M. J.P. LAFERRIERE, doc. P/L/18.

84. Voir O.R.C.C., doc. P/A/2, p. 4 (Maître RENAUD).

85. Voir MIGNAULT, *op. cit.*, note 1, p. 67; ROCH & PARÉ, *op. cit.*, note 5, p. 98; LANGELIER, *op. cit.*, note 5, p. 321.

86. *Contra*: LANGELIER, *id.*, p. 322.

87. POURCELET, *loc. cit.*, note 4, p. 414.

88. FABIEN, *loc. cit.*, note 5.

conditions, le professeur Fabien propose de débarrasser l'article 1731 de son ascendance "étrangère" au domaine du mandat, en rompant les liens de cet article avec la "malheureuse et inutile référence à l'article 1054"⁸⁹.

L'auteur soutient que voir dans l'article 1731 un simple renvoi à l'article 1054, ainsi que le fait la majorité des auteurs classiques, est contraire aux règles d'interprétation puisque cela revient à dire qu'il n'ajoute rien à celui-ci⁹⁰. Or le législateur n'est pas censé s'exprimer gratuitement. Le professeur Fabien entreprend alors de relire l'article 1731 dans le sens qui permettrait son "retour" au domaine du mandat: le mandant serait responsable de la même manière que le commettant l'est pour son préposé, non pas "à la condition que" le mandataire soit aussi préposé⁹¹. Ainsi, il n'y aurait pas besoin de prouver la qualité de préposé, ni la réalité du contrôle, pour entraîner la responsabilité du mandant. Celle-ci se trouverait alors purifiée par l'exclusion de son intervention dans tous les cas où le geste matériel dommageable n'aurait pas "un lien direct avec les actes juridiques" que le mandataire a pour mission d'accomplir⁹².

Positivement, l'article 1731 C.c. s'appliquerait pour créer une présomption absolue de responsabilité du mandant pour "la faute du mandataire dans l'exercice de ses pouvoirs et dans l'accomplissement des actes juridiques qu'il est autorisé à faire", tout en ne visant pas la "faute commise dans l'accomplissement d'actes en dehors des limites de ses pouvoirs"⁹³.

On aboutirait ainsi à définir une notion de responsabilité délictuelle du fait d'autrui propre à la matière du mandat. Cette proposition a l'appui du Comité sur le mandat de l'Office de Révision du Code civil qui a décidé, dans sa majorité (quatre membres ont voté pour et deux contre), de supprimer la référence à l'article 1054⁹⁴ afin d'élargir le champ d'application de la responsabilité consacrée par l'article 1731.

89. *Id.*, p. 82.

90. *Ibid.*

91. *Ibid.*

92. *Ibid.*

93. *Ibid.*

94. O.R.C.C., *Rapport sur le contrat de mandat*, XVI, Montréal, 1971, doc. P/A/8 (*Procès-verbal* de la réunion du Comité sur le contrat de mandat, le 3 novembre 1970), pp. 4 et 5.

Ceci signifie qu'il faudra extraire les conditions de son application de son texte même, qui énonce:

"Le mandant est responsable du dommage causé par la faute du mandataire dans l'exécution de son mandat". (art. 31 du Projet)

Mise à part la référence à "l'exécution du mandat", il est clair que ce texte n'en propose aucune, et c'est ce fait qui nous fait douter de son opportunité. Comme ceci concerne directement les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire, nous reporterons à la seconde partie ce débat.

CONCLUSION

Actuellement l'article 1731 est un article-charnière: sa fonction limitée est d'indiquer que le mandant peut être poursuivi en tant que commettant, parce que la situation de préposé n'écarte pas en principe celle de mandataire.

S'appliquant à titre de fondement d'une responsabilité quasi-délictuelle d'un mandant, il nécessite un domaine d'application différent de celui de l'article 1727, qui devrait être réservé à la responsabilité contractuelle⁹⁵. Lorsque celle-ci ne peut être retenue par la victime d'un acte malveillant du mandataire, que le mandant refuse de reconnaître, l'article 1731 intervient pour assurer une protection plus objective, à laquelle le mandant ne pourra pas échapper en forçant le juge à examiner au microscope le contrat de mandat, pour déterminer si le mandataire était autorisé ou non, c'est-à-dire finalement, si le mandant a commis une faute en l'autorisant.

Le Comité de l'O.R.C.C. sur le mandat a étudié l'opportunité de conserver l'article 1731, étant donné son rôle limité. Les débats ont abouti à consacrer le maintien de l'existence du principe de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire, parce qu'on a estimé que cette disposition gardait un fondement actuel. Comme le Comité a libéré l'article correspondant à l'article 1731 de tout lien avec l'article 1054, sa décision pose le problème des conditions *propres* de sa mise en oeuvre.

95. Voir *Guildhall Ins. Co. v. Levac Automobile Ltée*, [1968] B.R. 152 (rés.).

PARTIE II - LES CONDITIONS DE MISE EN OEUVRE DE LA RESPONSABILITÉ

Si le Comité de l'O.R.C.C. sur le mandat a finalement décidé de conserver le principe de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire, il a également modifié ses conditions de mise en oeuvre, telles qu'on pouvait les tirer de la référence de l'article 1731 à l'article 1054. Celles-ci consistent, en plus des conditions usuelles de responsabilité, à exiger, du moins en principe, que le mandataire soit également en situation de préposition et que l'acte dommageable ait été accompli "dans l'exécution des fonctions", et non simplement à l'occasion de celles-ci. Le Comité a supprimé la première condition additionnelle. Mais il a conservé la seconde sans compenser, par des spécifications supplémentaires relatives à son application, la perte de précision résultant de l'abandon de la première. Cependant le Comité semble conserver un régime de présomption de responsabilité, qui ne permet pas au mandant de se dégager en prouvant son absence de faute personnelle.

Section I - La condition du lien de préposition entre le mandant et le mandataire

Selon la doctrine québécoise classique⁹⁶, la référence de l'article 1731 à l'article 1054 signifie que pour retenir la responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire, ce dernier devrait être en situation de préposition. En distinguant et en additionnant les conditions de mandataire et celle de préposé, on restreint alors notablement les cas de responsabilité du mandant aux situations où, selon les développements propres à l'article 1054, en vertu de ses alinéa 1 et 7, il exerce un contrôle sur l'activité du mandataire⁹⁷.

On rejoint incidemment le fondement de la faute personnelle du mandant dans la *surveillance* de son mandataire. Cette restriction apparaît justifiée étant donné qu'au plan de la seconde condition, à savoir l'accomplissement de l'acte fautif dans l'exécution des fonctions, la jurisprudence générale en matière de responsabilité du fait du préposé a admis que le commettant doit réparer le dommage même si le préposé avait désobéi ou

96. Voir MIGNAULT, *op. cit.*, note 1, p. 68; LANGELIER, *op. cit.*, note 5, p. 321; ROCH & PARÉ, *op. cit.*, note 5, p. 99.

97. Voir *infra*, par. I, (C).

avait modifié la manière prévue d'exécuter la tâche⁹⁸. Si l'on fait intervenir cette notion d'"abus des fonctions" dans le domaine du mandat, le champ de responsabilité se trouve considérablement élargi par rapport à la responsabilité contractuelle. Il semble raisonnable de la limiter par ailleurs: ce serait la fonction de l'exigence du lien de préposition.

Une partie de la doctrine actuelle la rejette pourtant⁹⁹ et cette opinion triomphe dans l'article du Projet de Code civil¹⁰⁰ destiné à remplacer l'article 1731.

On a opposé à cette condition que les auteurs québécois lui étant favorables s'appuient sur des décisions françaises¹⁰¹. Or, comme le droit français ne comporte pas d'article similaire à l'article 1731, un moyen d'engager la responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute de son mandataire est de se fonder sur la disposition relative aux commettants¹⁰². En raison de l'existence de l'article 1731, il serait inutile en droit québécois de demander que le mandant réponde aussi aux conditions de l'article 1054. La jurisprudence française ne constituerait pas une référence valable.

De plus, appliquer l'article 1731 selon les mêmes conditions que l'article 1054 rendrait inutile le premier puisqu'il ferait double emploi avec le second¹⁰³.

Enfin, de toutes façons la notion de pouvoir de contrôle, telle qu'elle a été développée sur le terrain de l'article 1054, ne pourrait que rarement se retrouver entre le mandant et le mandataire: l'article 1731 serait quasiment inefficace¹⁰⁴.

Cette tendance favorable à un élargissement de la responsabilité du mandant pour le quasi-délit du mandataire voudrait donc donner plein effet à l'article 1731 en interprétant la référence actuelle à l'article 1054 comme si les Codificateurs avaient

98. Voir *infra*, Section II.

99. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, p. 82.

100. Article précité, *supra*, note 14.

101. O.R.C.C., *Rapport sur le travail de recherche sur le mandat*, par H. RICHARD et D. SALOMON, Montréal, 1969, p. 21 (doc. P/C/5).

102. *Ibid.*

103. FABIEN, *loc. cit.*, note 5, p. 82.

104. Voir l'avis de Maître RENAUD, au doc. P/A/2 (O.R.C.C., *Procès verbal de la seconde réunion du Comité du contrat de mandat*), p. 4.

eu l'intention d'assimiler commettant et mandant (aux fins de leur responsabilité quasi-délictuelle du fait d'autrui) et non de réclamer que ce dernier réunisse les deux conditions. Le recours de l'article 1731 devrait être accepté même si le mandataire n'était pas préposé.

Que penser de ces deux tendances contradictoires?

A priori, il semble difficile de répondre d'une façon très convaincante à l'argument du double emploi. Cependant, on peut opposer un argument d'interprétation. Si un texte est clair, il n'est pas besoin de l'interpréter¹⁰⁵. Or l'article 1731 renvoie clairement aux conditions de l'article 1054.

On peut faire appel aux autorités citées par les codificateurs: l'article 1731 a été emprunté à Pothier, traitant expressément de la responsabilité des commettants¹⁰⁶. D'autre part, plus techniquement, l'article 1731 fait référence "aux" règles énoncées à l'article 1054. Il ne s'agit pas seulement d'appliquer l'article 1054 alinéa 7, qui effectivement pourrait faire pencher vers la signification analogique. Cet alinéa seul n'apporte aucune condition de responsabilité supplémentaire à celle de l'article 1727. La même expression s'y trouve: l'exécution des fonctions. Mais la forme plurielle ("conformément *aux règles*") de l'article 1731 implique qu'une autre règle de l'article 1054 doit entrer en considération. En ce sens, l'alinéa premier de l'article 1054 énonce que le responsable du fait d'autrui doit avoir le contrôle sur celui-ci.

De plus, si le sens des mots dépend de leur contexte¹⁰⁷, il faut encore prouver que le mandat exclut la situation de préposition, ce qui reste à démontrer.

Enfin, la règle d'interprétation de l'"effet utile" ne constitue qu'une présomption¹⁰⁸.

L'argument interprétatif du double emploi n'emporte donc pas notre conviction.

105. Voir P.A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Montréal, Y. Blais, 1982, p. 235.

106. Voir, *supra*, texte, sur le fondement théorique de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant, partie I, section I.

107. Voir CÔTÉ, *op. cit.*, note 105, p. 232.

108. Ainsi que l'explique M. le professeur Côté: "une loi peut en effet comporter des redondances [...]. On ne peut donc présumer que toutes les dispositions d'une loi doivent nécessairement et en raison du principe de l'effet utile, être considérées comme apportant des changements dans le droit". *Id.*, pp. 229-230.

On peut alors soutenir que l'article 1731 constitue un article-charnière, certes redondant, ayant la fonction restreinte d'affirmer l'applicabilité de la responsabilité délictuelle du mandant pour la faute du mandataire, afin d'écartier tout doute à ce sujet.

Pour pouvoir répondre aux deux autres arguments de ceux qui désireraient supprimer la condition du lien de préposition, il faut déterminer dans quelle mesure le contrat de mandat peut donner lieu à l'existence de ce lien et si la jurisprudence québécoise, comme la jurisprudence française, l'a utilisé dans ce domaine.

Cette recherche passe par l'analyse de ce que constitue un lien de préposition, selon la jurisprudence relative à l'article 1054 C.c.

par. 1 - Les critères du lien de préposition en droit positif:
application au mandat.

Nous n'étudierons pas à fond toute la jurisprudence québécoise relative au lien de préposition, mais nous nous concentrons sur celle qui porte sur le mandat.

A) *Le choix du préposé*

Quand le mandataire peut-il être préposé? Cette qualité n'est pas définie au Code civil. Le lien de préposition consiste en une situation objective, en un "état".

La doctrine classique estime que le préposé est la personne choisie par le commettant pour accomplir une tâche au profit de ce dernier en étant *sous ses ordres*¹⁰⁹. On s'est demandé si *le choix du préposé* était une des conditions d'existence du lien de préposition¹¹⁰ lorsque le fondement de la faute personnelle du commettant dans le mauvais choix du préposé a commencé à perdre du terrain en faveur de la théorie du risque. Pour le mandataire, la question dépend de la nature contractuelle, judiciaire ou légale du mandat.

Les mandataires judiciaires et légaux (tuteurs, curateurs, etc.) ne sont pas choisis par le mandant. Il leur manque la subordination pour être préposé. Donc en ce qui les concerne le mandant ne sera jamais quasi-délictuellement responsable¹¹¹.

109. Voir MAZEAUD et TUNC, *op. cit.*, note 21, n. 877.

110. *Id.*, n. 877 et s.

111. *Id.*, n. 947.

Au contraire, le droit administratif crée une série d'agents "légaux" choisis par le mandant: pour eux, on présume le lien de préposition, et le mandant sera déclaré responsable en répondant à la question des limites de leur fonction¹¹².

Le mandataire contractuel est *a priori* toujours choisi par le mandant, sauf peut-être dans le cas du mandat apparent.

La jurisprudence québécoise a donné une certaine importance à la notion de choix comme condition de responsabilité, puisque le fondement de la faute de mauvais choix est resté présent dans l'esprit des juges.

Dans *British American Oil v. Roberge*¹¹³, le juge Tremblay en Cour d'appel a utilisé en 1964 la vieille justification de Pothier pour décider que les préposés d'un distributeur d'essence fautif étaient aussi ceux de la compagnie pétrolière, son fournisseur exclusif. Cette dernière a donc été condamnée sur le fondement de l'article 1731 C.c., parce que dans le contrat de distribution et d'approvisionnement exclusifs se trouvait une clause lui permettant de donner des instructions au distributeur quant à son personnel. Par conséquent, elle pouvait "intervenir quant au choix et exercer la surveillance des préposés" du distributeur: ceci constituait "la base du lien de préposition"¹¹⁴.

Plus récemment encore, la Cour suprême du Canada dans *Martel v. Hôtel-Dieu St-Valier*¹¹⁵ a condamné quasi-délictuellement un hôpital pour le dommage causé par son anesthésiste (non

112. Voir *Cité de Montréal v. Hôpital Voghel Inc.*, [1962] B.R. 497; *Cité de Lachine v. Castonguay*, [1958] B.R. 497; *Carrière v. Cité de Longueuil*, [1957] C.S. 143, *conf. par* [1957] B.R. 341.

113. *British American Oil v. Roberge*, [1964] B.R. 18, *conf. par* [1964] R.C.S. V; voir commentaire POURCELET, "La responsabilité du mandant", (1963-64) 66 R. du N. 410.

114. *Id.*, p. 28. M. POURCELET dans son commentaire critique (*v. supra*, note 39) fait justement remarquer que le juge Tremblay (p. 28 de l'arrêt) reprend l'argumentation du demandeur, qui cherchait à établir l'existence d'un lien direct de préposition entre le distributeur et la compagnie pétrolière. Mais ce même juge s'en tient à démontrer l'existence d'un lien de préposition entre les propres préposés du distributeur et la compagnie, sans expressément affirmer l'existence du lien entre celle-ci et le distributeur lui-même. Quant au juge Choquette, il affirme, lui, qu'en raison du droit de donner des ordres à son distributeur quant à la manière de remplir ses fonctions, il existait bien un tel lien de préposition entre ce dernier et la compagnie (pp. 29-30).

115. [1969] R.C.S. 745.

mandataire) qui était son préposé et non celui de la victime parce que celle-ci ne l'avait pas choisi^{116 117}. Cependant, il a été décidé dans *Cité de Lachine v. Castonguay*¹¹⁸ que même si une corporation municipale choisit et paye des "constables", ceux-ci représentent l'État, et non la corporation, dans l'exécution de leurs devoirs de maintien de la paix.

Pour le mandat apparent, si le mandant a donné certaines raisons au tiers de croire que le pseudo-mandataire l'est réellement, l'élément de choix, timide, se retrouve et le mandant sera responsable, sans doute sur le terrain contractuel, ou même sur le terrain délictuel si les conditions sont réunies¹¹⁹.

Si le mandant apparent n'a pas donné de motif raisonnable de croire que le pseudo-mandataire l'était en réalité, il n'y aura pas de mandat¹²⁰. Par conséquent le pseudo-mandant ne sera pas poursuivi sur l'article 1731, mais directement sur le fondement de 1054, à condition qu'il remplisse la condition de lien de préposition.

Le motif du choix du mandataire par le mandant ne suffit pas à créer en soi ce lien de préposition. On s'est aussi demandé s'il fallait un contrat par lequel le préposé recevrait une rémunération, pour le créer.

B) Le contrat rémunéré

En ce qui concerne strictement le mandataire, il y aura par hypothèse un contrat, même si le mandat n'est que tacite. Donc la question ne se pose pas réellement¹²¹.

Faut-il au moins une rémunération? Il faut noter ici que le mandat était un contrat gratuit à l'origine, qu'il l'est encore en

116. *Id.*, p. 752.

117. Voir aussi *Moreau v. Labelle*, [1933] R.C.S. 201.

118. *Cité de Lachine v. Castonguay*, [1958] B.R. 497.

119. *C.P.R. v. Hodgson Sumner Co.*, (1921) 31 B.R. 170; *Schonberg v. Etheridge*, [1957] C.S. 319; voir aussi *Talbot v. Le Parc Richelieu Ltée*, (1917) 51 C.S. 88.

120. Voir art. 1730 C.c.

121. De toutes façons, sur le terrain général de l'article 1054, la jurisprudence n'exige pas qu'il existe un contrat comme condition de la préposition: c'est une situation de fait objective: voir BAUDOUIN, *op. cit.*, note 17, n. 524.

principe dans le Code civil¹²², mais que le Projet de Code civil en fait un contrat à titre onéreux¹²³.

La jurisprudence, de temps à autre, a relevé comme indice de préposition le fait que le commettant payait le préposé¹²⁴. Mais dans d'autres cas, le commettant n'était pas la personne qui le rémunérait, ou encore le lien de préposition a été retenu alors que le préposé n'était pas rémunéré¹²⁵. Par conséquent la rémunération ou le salaire ne sont pas des éléments nécessaires de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant¹²⁶.

C'est un autre élément de fait qui détermine la préposition: le *droit de donner des ordres* au préposé. Il provient en droit québécois de l'alinéa 1 de l'article 1054, imposant la condition que le responsable ait eu le "*contrôle*" du préposé.

C) *Le contrôle sur le préposé mandataire*

C'est la seule condition indispensable à l'existence d'un lien de préposition¹²⁷.

En quoi consiste ce contrôle, ou cette subordination? D'après les auteurs, il s'agit du pouvoir de donner des ordres ou des instructions dans l'exécution de la fonction¹²⁸.

122. Art. 1702 C.c.

123. O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, Vol. II, tome 2, Québec, éd. officiel, 1978, p. 766.

124. *Trans-Québec Helicopters Ltd. v. Heirs of ... David Lee*, [1980] C.A. 596, 599; *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745; *Solbec Copper Mines v. Jollette*, [1968] B.R. 846, *conf.* par [1969] R.C.S. 892; *Zambon Co. v. Schrijvershof*, [1959] B.R. 679, *conf.* par [1961] R.C.S. 291. Voir BAUDOUIN, *op. cit.*, note 17, n. 537 et s. voir aussi *Governor and Cy of Gentlemen Adventurers of England v. Vaillancourt*, [1923] R.C.S. 425.

125. *Cité de Lachine v. Castonguay*, [1958] B.R. 497; *Begnoche v. Robidoux*, [1956] R.L. 557 (C.S.); *Fidelity Insurance Co. v. Montreal Drive Away Inc.*, [1975] C.P. 244 (pas de rémunération). Voir BAUDOUIN, *ibid.*; A. BERNARDOT et R.P. KOURI, "Le médecin, le centre hospitalier et l'État", (1976) 36 *R. du B.* 512, 515.

126. Voir en ce sens *Hôpital Notre-Dame de L'Espérance et Théoret v. Laurent et autres*, [1974] C.A. 543, 551 par le juge Gagnon, (affaire relative à un commettant: il n'y avait pas de mandat), en partie *inf.* par (1978) 1 R.C.S. 605.

127. BERNARDOT et KOURI, *loc. cit.*, note 125.

128. Voir BERNARDOT et KOURI, *id.*, p. 519; PINEAU et OUELLETTE, *op. cit.*, note 3, p. 100; BAUDOUIN, *op. cit.*, note 17, n. 509.

Pour le mandant, donner des instructions sur l'accomplissement du mandat est chose normale. Pour les ordres, cela peut aussi se concevoir: par exemple le courtier en valeurs mobilières agit sur ordres. L'élément impératif fait problème lorsqu'il s'y joint une continuité, une répétition, c'est-à-dire un élément temporel. C'est l'intervention *dans* l'accomplissement de ce qui avait été prévu au contrat¹²⁹ qui semble difficilement concevable dans la majorité des mandats.

La jurisprudence relative aux préposés et aux commettants demande que ce contrôle ne reste pas à un niveau général, comme ce serait le cas d'indications vagues sur l'exécution du travail¹³⁰, mais qu'il atteigne un certain degré de "spécificité". De plus, le mot "contrôle", traduit directement de l'anglais, n'est pas retenu au sens de vérification finale, mais de direction *pendant* l'action.

Le lien de subordination demande aussi une continuité de soumission au commettant, mais celle-ci peut être réduite à une courte fréquence de temps¹³¹: le commettant habituel n'assumera aucune responsabilité s'il transmet le pouvoir effectif de donner des ordres au commettant occasionnel¹³². Ceci n'empêcherait pas les relations de mandant-mandataire d'éclorre. Le courtier par exemple sera de temps en temps en contact avec son client qui pourra alors intervenir en assumant de cette manière le pouvoir de "contrôle".

129. M. Baudouin parle très justement d'un "pouvoir d'immixtion", *op. cit.*, note 17, p. 254, n. 511.

130. *Id.*, voir ainsi *Trans-Québec Helicopters Ltd. v. Heirs of ... David Lee*, [1980] C.A. 596, 599.

131. Le préposé peut être occasionnellement mis à la disposition d'un patron momentané. Voir LARROUMET, *loc. cit.*, note 21, n. 345 et s.; BAUDOUIN, *op. cit.*, note 17, n. 544-5.

132. Voir BAUDOUIN, *ibid.*; PINEAU et OUELLETTE, *op. cit.*, note 3, pp. 101-2. Voir par exemple *Grimaldi v. Restaldi*, [1933] R.C.S. 489: le consul d'Italie "prête" son chauffeur et sa voiture à un médecin pour que celui-ci puisse effectuer rapidement ses visites et venir le soigner. Il a été décidé, en Cour d'appel et à la Cour suprême du Canada que le consul était responsable de l'accident causé à cette occasion par le chauffeur parce que celui-ci était resté sous le contrôle du consul au moment du transport. En effet, les différentes courses à effectuer avaient été convenues dès le début entre ce dernier et le médecin, et le "patron habituel" avait donné les adresses au chauffeur (p. 492, par le juge Rinfret). Voir aussi *Trans-Québec Helicopters Ltd. v. Heirs of ... David Lee*, [1980] C.A. 596, 599.

Ainsi que l'affirme M. Larroumet:

“La liberté d’initiative du mandataire n’est pas inhérente au mandat”¹³³.

La jurisprudence ne considère pas que les situations de mandat excluent le pouvoir de contrôle¹³⁴, même dans des circonstances où le mandataire bénéficie la majeure partie de son temps d’une assez grande indépendance. Ainsi, dans *Jarry v. Pelletier*¹³⁵ un vendeur de voiture à commission (qui était un mandataire) avait été déclaré responsable d’un accident, au cours duquel il avait heurté une personne avec la voiture de fonction. Il a engagé la responsabilité de son employeur, parce que ce dernier le contrôlait. Il se servait d’une voiture usagée pour circuler et rechercher des clients. Le juge Cannon note que l’employeur réunissait ses vendeurs plusieurs fois par semaine “pour leur donner des instructions et des recommandations”¹³⁶. Mais en dehors de ces réunions, ils faisaient ce qu’ils voulaient sans avoir d’horaire fixe, allaient où ils voulaient dans le but de vendre les automobiles. La preuve démontrait que l’employeur n’exerçait d’ailleurs qu’un contrôle postérieur, puisqu’il ne pouvait pas surveiller constamment ses vendeurs¹³⁷.

De même dans *British American Oil Co. v. Roberge*¹³⁸ un distributeur exclusif de produits pétroliers a été déclaré préposé du fournisseur exclusif parce que dans leur contrat se trouvait une clause énonçant:

“Le distributeur s’engage à se conformer dans l’exercice de son commerce aux instructions émises par la compagnie de temps à autre à cet égard, et en particulier celles relatives à la qualité du service et à la courtoisie envers les clients ... à la propreté ... au personnel et matériel, aux heures d’affaires et à la suffisance des stocks ...”¹³⁹.

133. LARROUMET, *loc. cit.*, note 21, n. 329.

134. Voir en ce sens *Hrera v. Gordon Vacuum Cleaners Inc.*, [1964] C.S. 316, 319-20; *C.P.R. v. Hodgson Sumner Co.*, (1921) 31 B.R. 170 (juge Dorion).

135. *Jarry and Jarry v. Pelletier*, [1938] R.C.S. 296.

136. *Id.*, p. 299.

137. *Id.*, p. 300.

138. *British American Oil Co. v. Roberge*, [1964] B.R. 18, *conf.* par [1964] R.C.S. V.

139. *Id.*, pp. 29-30.

Le juge Choquette conclut:

“Cette clause établit, à mon avis un lien de préposition qui assujettit le principal à la responsabilité de l'article 1054 C.c.”¹⁴⁰.

En l'espèce, le feu avait été communiqué au garage du demandeur par les préposés du distributeur, semble-t-il, et la Cour d'appel a condamné la compagnie pétrolière en tant que mandante, pour la faute de ceux-ci. Le juge Tremblay prend soin de relever que la clause citée au-dessus lui permettait de contrôler, de surveiller les préposés du distributeur, ce qui constitue selon le juge “la base du lien de préposition”¹⁴¹.

Dans *Garage Touchette Ltée v. Dame Casavant*¹⁴² la Cour d'appel est même allée jusqu'à admettre qu'un tel vendeur à commission, recevant une voiture chaque année pour circuler et trouver des clients, sans horaire ni obligations définies, engageait la responsabilité de son employeur en vertu de l'article 1054 alinéa 7. Il s'agissait pourtant d'un accident que le vendeur avait causé un dimanche, alors qu'il ne se destinait pas à travailler, mais qu'il se promenait avec une amie pour son propre plaisir! La majorité de la Cour d'appel estime que l'employeur avait gardé le contrôle de la voiture, mais retient la responsabilité du commettant pour la faute de son préposé¹⁴³.

On constate que pour des espèces comme *Garage Touchette Ltée v. Dame Casavant* et *Jarry v. Pelletier*¹⁴⁴, le lien de subordination consiste en un pouvoir de contrôle assez largement entendu, qui ne porte que sur l'“encadrement” des fonctions¹⁴⁵.

140. *Id.*, p. 30.

141. *Id.*, p. 28. V. *supra*, notes 39 et 114, pour l'opinion critique de M. Pourcelet. Cet auteur estime que le distributeur n'était ni mandataire (pp. 416-7) ni préposé (p. 418) de la compagnie pétrolière. Cependant, comme ce dernier avait la position de facteur, assimilé par le Code civil au mandataire, la valeur de l'arrêt reste entière quant à l'énoncé des conditions que la Cour d'appel a estimé devoir vérifier pour établir la responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire.

142. *Garage Touchette Ltée v. Dame Casavant*, [1944] B.R. 117.

143. *Id.*, p. 124 (juge Walsh). Cependant deux juges (dissidents) estimeront que l'employeur n'était pas responsable parce que l'accident n'était pas arrivé pendant l'exécution des fonctions du vendeur (juge en chef Letourneau; juge St-Jacques). Un raisonnement en termes de responsabilité du fait des choses avait été plus approprié étant donné les circonstances.

144. *Jarry v. Pelletier*, [1938] R.C.S. 296.

145. Voir D. CHALIFOUX, “Vers une nouvelle relation commettant-préposé”, (1984) 44 *R. du B.* 815, 827.

Cette tendance correspond à une attitude jurisprudentielle minoritaire sur le terrain général de la responsabilité quasi-délictuelle¹⁴⁶.

La tendance majoritaire affirme au contraire la nécessité d'un "droit de surveillance et de direction immédiate" sur le préposé¹⁴⁷. Cette immédiateté ne semble pas adaptée à la majorité des cas de mandat. Comme l'indique la doctrine¹⁴⁸, le pouvoir de contrôle exercé strictement ne convient pas à toutes les situations: certains auteurs proposent que le contrôle sur le *cadre* de la fonction suffise à créer le lien de subordination¹⁴⁹. Ceci conviendrait parfaitement au mandataire "normal". On a aussi récemment proposé un critère élargi: l'intégration à l'entreprise¹⁵⁰. Il comprendrait trois volets: le commettant doit exercer un contrôle "administratif" sur le préposé (détermination du lieu et de l'horaire de travail, etc.); le préposé doit utiliser les ressources du commettant (il n'a pas la propriété de ses outils, et n'a pas d'auxiliaires rémunérés); enfin il doit donner l'exclusivité de ses services au commettant¹⁵¹.

Cette conception assimile quasiment préposé et employé. Elle exclurait la grande majorité des mandants de l'empire de l'article 1054-7, spécialement en raison de la condition de contrôle administratif. Pourtant l'auteur affirme que cet "élargissement" du rapport de préposition n'aurait aucun effet sur la responsabilité du mandant¹⁵². L'auteur se fonde sur la conception de M. Fabien relative à l'article 1731 C.c., selon laquelle le mandant ne doit pas être commettant pour être responsable des fautes quasi-délictuelles du mandataire¹⁵³. C'est cette opinion qu'il faut discuter maintenant.

146. *Ibid.*

147. Voir *Drouin v. Desautels*, [1955] C.S. 123; voir CHALIFOUX, *id.*, pp. 826-7. Voir aussi *Trans-Québec Helicopters Ltd. v. Heirs of ... David Lee*, [1980] C.A. 596, 599

148. CHALIFOUX, *id.* 827.

149. A. LAJOIE, P.-A. MOLINARI et J.-L. BAUDOIN: "Le droit aux services de santé: légal ou contractuel?", (1983) 43 *R. du B.* 675, 730-1.

150. CHALIFOUX, *loc. cit.*, note 145, p. 819, n. 5.

151. Sur ces conditions, L. CHALIFOUX, *id.*, pp. 829-833.

152. *Id.*, p. 844.

153. FABIEN, *loc. cit.*, note 4.

par. 2 - Faut-il supprimer la condition de lien de préposition?

Selon une partie de la doctrine, ceci n'est pas à démontrer¹⁵⁴. Si le concept de contrôle présente un obstacle certain pour que le quasi-délit du mandataire entraîne la responsabilité du mandant¹⁵⁵, puisque normalement le mandataire dispose d'une relative indépendance quant à la manière de remplir son mandat, cependant il peut arriver que celui-ci soit si précis que le mandant contrôle directement son exécution. La qualité de préposé dépendra donc de l'initiative qui lui est laissée dans chaque cas¹⁵⁶. Supprimer l'exigence du lien de préposition revient à rendre responsable le mandant de toute la liberté laissée au mandataire sans lui permettre de se disculper en prouvant son absence de faute personnelle, puisqu'il s'agit d'un régime de présomption de responsabilité.

Assurément, certaines catégories de mandataires se prêtent assez mal à la notion de préposition: ainsi les courtiers dans une certaine mesure¹⁵⁷ et surtout les notaires et les avocats¹⁵⁸. En général, la qualité d'expert garantit une certaine indépendance. Ainsi un chirurgien n'a pas été tenu responsable d'un décès lors d'une opération, dû à une défaillance d'un appareil à oxygénation, parce que le technicien spécialisé qui s'en était occupé n'était pas "sous ses ordres"¹⁵⁹. Mais un médecin peut être préposé de l'hôpital où il travaille¹⁶⁰.

154. Voir CHALIFOUX, *loc. cit.*, note 145, p. 844.

155. Voir MAZEAUD et TUNC, *op. cit.*, note 21, n. 945-6.

156. MAZEAUD et TUNC, *id.*, n. 946; POURCELET, *loc. cit.*, note 4, p. 414.

157. On rencontre pour les courtiers immobiliers des mandats irrévocables, ce qui leur donne une certaine indépendance: voir MAZEAUD et TUNC, *id.*, n. 946.

158. Voir P. MOLINARI, "La responsabilité civile de l'avocat", (1977) 37 *R. du B.* 275; Y.-M. MORISSETTE, "L'initiative judiciaire vouée à l'échec et la responsabilité de l'avocat ou de son mandant", (1984) 44 *R. du B.* 397. De même pour les huissiers: voir *Dame Lacy v. Hébert*, [1945] B.R. 507.

159. *Crawford v. Centre Hospitalier Universitaire de Sherbrooke*, C.S. St-François, 6 octobre 1980, n. 450-05-000 671-78, J.E. 80-967, mais renversé en appel, 25-05-82 (C.A. Montréal, 09-001 316-801). Voir aussi *Trans-Québec Helicopters Ltd. v. Heirs of ... David Lee*, [1980] C.A. 596, 599.

160. *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745. Voir A. BERNARDOT et R.P. KOURI, *loc. cit.*, note 125. Voir cependant P.A. CRÉPEAU, "La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente", [1960] 20 *R. du B.* 433, 445.

De plus, souvent, les juges utilisent les notions de préposé et de mandataire comme synonymes. Ceci tient au fait que la distinction n'est pas bien faite dans la jurisprudence entre le mandat, strictement limité à la représentation en vue de l'accomplissement d'actes juridiques, et le louage de service. Il arrive qu'un arrêt utilise le terme mandat relativement à une tâche purement matérielle¹⁶¹. Par exemple, dans *Dame Lacy v. Hébert*¹⁶², la Cour d'appel devait déterminer si l'erreur d'un huissier à l'occasion d'une saisie entraînait la responsabilité du créancier saisissant. Après avoir dit que les huissiers, dans l'accomplissement de leurs fonctions ministérielles, n'étaient pas *préposés* d'un créancier, parce que ce dernier n'exerce aucun contrôle sur la procédure qu'ils emploient, déterminée par des règles professionnelles, la Cour estime que relativement à la *recherche du domicile* du débiteur:

"C'est le créancier qui doit connaître le domicile [...] s'il ne l'indique pas, il constitue l'huissier son mandataire à cette fin"¹⁶³.

Il n'y a aucune représentation juridique dans la recherche du domicile d'un débiteur, donc on ne peut parler ici de mandat: on a purement et simplement assimilé mandataire et préposé.

On peut aussi donner un autre exemple de cette tendance dans l'opinion du juge Mignault lui-même, rendu dans la célèbre affaire *Vaillancourt*¹⁶⁴ en Cour suprême. Ainsi s'exprimait l'illustre auteur:

"Il ne me paraît pas douteux que le maître ne peut se soustraire à sa responsabilité pour les actes de son préposé sous prétexte que le préposé s'est rendu coupable d'un crime pour lequel aucun mandat ne lui avait été donné, s'il est constaté que ce crime a été commis dans l'exercice des fonctions du préposé"¹⁶⁵.

161. Voir *Tantalo v. Klaydanos*, [1970] C.S. 331; *Ouimet v. Labbé*, [1965] B.R. 62; *Fidelity Ins. Co. v. Montréal Drive Away Service Ltd.*, [1975] C.P. 244; *Malenfant v. Thibault*, [1970] C.A. 715; *Moreau v. Litvak*, [1959] C.S. 360; *Lacy v. Hébert*, précité, *supra*, note 158; *Vezina v. Lamoureux*, [1956] B.R. 27, 30; *Bernard v. Cloutier*, [1982] C.A. 289 (médecin) (Cité par CHALIFOUX, *Id.*, p. 843). Voir aussi *Trans-Québec Helicopters Ltd. v. Heirs of the Estate of the late David Lee*, [1980] C.A. 596, p. 603.

162. *Dame Lacy v. Hébert*, *id.*

163. *Id.*, p. 511 (Les italiques sont de nous).

164. *Governor and Co. of Gentlemen Adventurers of England v. Vaillancourt*, [1923] R.C.S. 414, *conf.* (1922) 34 B.R. 207, *conf.* (1922) 60 C.S. 45.

165. *Id.*, p. 429.

Et plus loin, traitant également de l'article 1054 C.c.:

"l'abus de la fonction, bien que ce soit un abus du mandat que le préposé tient de son commettant engage cependant la responsabilité de ce dernier"¹⁶⁶.

À lire ces passages on a l'impression, confirmée par l'ensemble de la jurisprudence, que le mandat *est le nom du contrat dont dispose habituellement* le préposé, même lorsque celui-ci n'est pas l'employé du commettant. C'est la conséquence de la confusion entre représentation matérielle et représentation juridique. Dans cette mesure, le mandat devient l'une des grandes avenues de la responsabilité quasi-délictuelle du fait d'autrui et l'on emploie de temps à autre le qualificatif mandataire pour ne pas répéter le terme préposé.

Il est donc hasardeux dans ce contexte, de déterminer si les juges ont vérifié que le mandant était aussi commettant.

Pendant on trouve des espèces où le problème est cerné de plus près: on n'y confond pas les deux conditions.

L'une des occasions où la Cour suprême s'est prononcée le plus clairement est l'arrêt *Moreau v. Labelle*¹⁶⁷ dans lequel il n'y avait pas de mandat au sens strict de représentation juridique. Le juge Rinfret a dit:

"... les règles énoncées à l'article 1054 C.c. s'appliquent de la même façon à la responsabilité des mandants pour les dommages causés par la faute de leurs mandataires (art. 1731 C.c.). La condition de la responsabilité du commettant *ou* du mandant, telle qu'elle est posée à l'article 1054 C.c., c'est que le préposé *ou* le mandataire ait causé le dommage 'dans l'exécution des fonctions auxquelles il est employé' "¹⁶⁸.

Cette opinion exclut nettement la condition de lien de préposition entre mandant et mandataire.

Dans le même sens, on trouve aussi une phrase du juge Tremblay, dans l'arrêt de la Cour d'appel rendu dans l'affaire *Solbec Copper Mines Ltd. v. Dame Jolette*¹⁶⁹, où il s'agissait bien d'un mandat:

166. *Id.*, p. 430.

167. *Moreau v. Labelle*, [1933] R.C.S. 201.

168. *Id.*, p. 205 (Les italiques sont de nous).

169. *Solbec Copper Mines Ltd. v. Dame Jolette*, [1968] B.R. 846, *conf.* par [1969] R.C.S. 892.

“[X] était donc un mandataire et la responsabilité de ses mandants était engagée par sa faute (article 1731 C.c.), mais seulement quand il agissait dans l’exécution de son mandat (art. 1054 C.c.)”¹⁷⁰.

Enfin on peut citer l’opinion du juge Brossard, rendue dans *Dame Pilon v. Héritiers de Julien Bellemare*¹⁷¹ dans une espèce jugée en Cour supérieure, qui ne comprenait pas de mandat:

“en vertu de l’article 1731 C.c., le mandant [...] n’est responsable des dommages causés par la faute du mandataire que conformément aux règles énoncées en l’article 1054 C.c., c’est-à-dire, lorsque le mandataire est dans l’exécution de ses fonctions”¹⁷².

Plus récemment, la Cour d’appel a déclaré dans *J.L. Lévesque & L.G. Beaubien Ltée c. MacMahon*¹⁷³ au sujet du mandat d’un courtier ayant subtilisé des valeurs mobilières qu’il devait négocier:

“Cette cause repose principalement sur les articles 1054 et 1727 C.c. lesquels [...] tiennent les commettants responsables du dommage causé par leurs employés *et* le mandant responsable envers le tiers pour les actes de son mandataire mais dans chacun de ces deux articles, il y a *une* condition [...] c’est que l’employé ou le mandataire doit être dans l’exécution des fonctions *et* dans les limites du mandat”¹⁷⁴.

Il n’existait en l’espèce pas de contrat entre la compagnie et le tiers parce que le courtier s’était arrangé derrière le dos de celle-ci afin de garder la commission pour lui-même.

Il est clair que la cour fonde sur l’article 1727 cette responsabilité quasi-délictuelle¹⁷⁵ et qu’elle ne demande pas la preuve

170. *Id.*, p. 848.

171. *Pilon v. Héritiers de Julien Bellemare*, [1966] R.L. 385 (C.S. Montréal, 8 mai 1963).

172. *Id.*, p. 422. Le juge poursuit: “quant à ce voyage, il n’existait aucun lien de préposition, *ni* aucun lien de mandat entre lui et ses co-associés [...]. Il ne peut en conséquence être question de responsabilité [...] en vertu de l’article 1054 C.c.” (les italiques sont de nous).

173. *J.L. Lévesque & L.G. Beaubien Ltée v. MacMahon*, [1978] C.A. 561.

174. *Id.*, p. 562

175. *Contra*, voir *Guildhall Ins. Co. v. Levac Automobiles Ltée et United Provinces Ins. Co.*, [1968] B.R. 152, où l’un des motifs de l’arrêt résumé est énoncé ainsi: “[Ce] motif ne saurait être retenu que s’il s’agit d’un dommage causé [...] dans l’exécution de ses fonctions (article 1054, 1731) *ou* si, sur le plan contractuel [le mandant] a donné [...] “des motifs raisonnables de croire” [qu’il] était son mandataire agissant dans l’exécution et dans les limites de son mandat (article 1727, 1730 C.c.)” (Les italiques sont de nous).

d'un lien de préposition. Elle met en parallèle les deux articles 1727 et 1054, sans préciser cependant la place éventuelle de l'article 1731. Cet arrêt, rendu en matière de mandat, constitue l'autorité la plus importante à l'appui de la position de l'O.R.C.C. et de M. Fabien, en faveur de l'abandon de la condition relative au préposé.

On trouve aussi certaines espèces où les juges ont condamné des mandants pour des fautes quasi-délictuelles de leurs mandataires sans que la démonstration du lien de préposition n'ait été faite¹⁷⁶. Par exemple, dans *Sunrise Industries (Montréal) Ltd. v. Fournier*¹⁷⁷, le mandant a été condamné pour la fraude de son représentant. Celui-ci avait poussé un tiers à acheter une machine, lui ayant affirmé qu'il la gagnerait en prime. Le contrat a été annulé. Il s'agissait d'un dol précontractuel entraînant une nullité relative. On peut estimer¹⁷⁸ que la nature de la responsabilité était contractuelle, bien que la Cour supérieure précise que le mandant devait répondre "de la fraude" de son mandataire.

Cette même solution est retenue pour le dol du courtier: comme en général sa faute a eu pour but de pousser le tiers à contracter avec le mandant, les juges annulent l'acte et condamnent ce dernier à supporter les conséquences du comportement de leur mandataire¹⁷⁹. Dans la mesure où l'attitude du courtier a été reliée au contrat, on peut analyser la solution comme une responsabilité contractuelle du fait d'autrui. Par conséquent, il n'y a pas lieu de démontrer l'existence d'un lien de préposition. Ceci ne veut pas dire qu'il est impossible de trouver des situations où le courtier serait poursuivi sur le terrain quasi-délictuel. Ainsi, dans *Talbot v. Le Parc Richelieu Ltée*¹⁸⁰, un courtier avait poussé un acheteur à acquérir des terrains par des représentations frauduleuses. Comme ce dernier s'en était rendu compte et

176. Voir *Dubuc v. Trottier et al.*, (1901) 19 C.S. 202 (mandat tacite entre époux).

177. *Sunrise Industries (Montréal) Ltd. v. Fournier*, [1966] R.L. 60, (C.S. Sherbrooke, 19 mai 1964).

178. Voir ainsi POURCELET, *loc. cit.*, note 4 bis, p. 412; FABIEN, *loc. cit.*, note 5, pp. 80-81; GROFFIER, *loc. cit.*, note 5, p. 461.

179. Voir *Go v. Boudreau, Immeubles Tapis Rouge Inc.*, [1979] C.P. 175; *Paquette v. Boisvert et autres*, [1958] B.R. 150; *Bellevue Land Ltd. v. Roy* (1917) 23 R.L. 217 (C. Rév.); *National Real Estate & Investment Co. of Canada v. Meloche* (1917) 26 B.R. 212; *Talbot v. Le Parc Richelieu Ltée*, (1917) 51 C.S. 87.

180. *Ibid.*

qu'il avait demandé à être remboursé sur-le-champ, le courtier avait alors entrepris de signer pour la compagnie qu'il représentait un engagement selon lequel celle-ci rembourserait les terrains plus tard, si le demandeur ne les vendait pas à profit. La compagnie mandante soutient qu'il n'était pas autorisé à faire une telle offre. Elle est néanmoins condamnée sur le fondement d'un mandat apparent. La seconde fraude du courtier lui est attribuée parce qu'elle était bénéficiaire de l'acte de son mandataire: il avait ainsi retardé de plusieurs années l'éclat d'un procès¹⁸¹.

On peut difficilement soutenir que cette seconde fraude était de nature contractuelle, même si elle visait à maintenir l'existence d'un contrat entre le mandant et l'acheteur. Or la responsabilité quasi-délictuelle qui en découlait a été également retenue sur le terrain de l'article 1730. En tout cas, il n'y a pas eu de recherche du lien de préposition.

Le dol entraînant une nullité relative, on peut prendre appui sur le fait qu'il a existé un état de droit contractuel, certes annulé, pour soutenir qu'il s'agissait d'une responsabilité contractuelle. Si l'on prend comme fondement de la responsabilité quasi-délictuelle l'article 1727 (sans référence au lien de préposition), la question de la nature de la responsabilité devient alors très secondaire.

La même ambiguïté se retrouve au sujet des avocats *ad litem*. Ils n'ont pas pour mission de passer des contrats avec les tiers, mais de les représenter lors des procès. Donc, s'ils commettent alors des quasi-délits, on se trouvera bien sur le terrain quasi-délictuel¹⁸², puisqu'il n'existera pas de contrat entre les parties au procès. Il en sera ainsi en cas de diffamation, de saisie illégale, de détournement de fonds destinés à payer les frais d'huissier, etc.

En cas de diffamation, le mandant sera condamné selon l'article 1053 C.c. pour responsabilité personnelle et non selon l'article 1054 C.c., s'il ne désavoue pas son avocat¹⁸³. En cas de saisie fautive ou de détournement de fonds de l'avocat, le mandant a également été déclaré responsable, mais sur le fondement de l'article 1727 C.c., donc sans besoin de prouver l'existence d'un

181. *Id.*, p.94.

182. *Langlois v. Drapeau*, [1962] B.R. 277, 286 (juge Tremblay).

183. *Langlois v. Drapeau*, *id.*; *Desmarchais v. Morin*, [1961] C.S. 465; voir MOLINARI, *loc. cit.*, note 158, pp. 294-5.

éventuel lien de préposition¹⁸⁴. Il serait très hypothétique de trouver un tel lien dans le cas d'un avocat, en raison de l'expertise de celui-ci, lorsqu'il s'agit de ses rapports avec l'un de ses clients. Cependant, si l'avocat travaille dans un cabinet en société, il pourrait être responsable comme patron et mandant des fautes d'avocats subalternes ou d'avocats-stagiaires¹⁸⁵. Mais il n'existe pas encore de jurisprudence en ce sens, à notre connaissance.

On doit constater que pour les courtiers et les avocats, l'article 1727 C.c. représente le fondement habituellement utilisé pour engager la responsabilité de leurs mandants, qu'elle soit de nature contractuelle, comme pour les cas de dol des courtiers, ou même quasi-délictuelle comme les situations de saisies illégales, etc. Sur ce terrain, il n'est pas besoin de prouver l'existence d'un lien de préposition, ce qui serait rarement le cas pour ces professionnels.

Enfin, on doit rendre compte d'un autre ensemble de décisions intervenues en matière de mandats divers, où les mandataires avaient commis des malversations se ramenant à des dols¹⁸⁶ ou même à des vols¹⁸⁷.

Or, dans ces espèces où rien ne s'opposait fondamentalement à l'établissement d'un lien de préposition, les juges n'ont pas plus procédé à cette recherche.

Ainsi, dans *Chrétien v. Crowley*¹⁸⁸, un mandataire avait participé à une affaire boursière frauduleuse, au cours de laquelle la valeur d'actions d'une compagnie minière, qui n'avait pas encore

184. *Bertrand v. Ace Finance Corporation Ltd.*, [1970] C.S. 493; *Langlais v. Laurendeau*, [1950] C.S. 159. Pour le détournement de fonds destinés à payer les frais d'huissier, voir *Picard v. Laliberté*, (1936) 74 C.S. 280.

185. Voir MOLINARI, *loc. cit.*, note 158, pp. 296, et s.

186. Voir *Home Loan Mortgage Co. v. Blake*, (1920) 57 C.S. 415 (C. de Rév.); *Lamarche v. Beaver Stove Machinery Co.*, (1917) 23 R.L. (n.s.) 104 (C. de Rév.); *Cie de meubles de Robertsonville v. Bilodeau*, (1914) 46 C.S. 5 (C. de Rév.); *Letellier v. Lafortune*, (1903) 9 R. de J. 508 (C.S.); *Lightfall v. Chrétien et Craig*, (1882) 11 R.L. 402, *conf.* en partie par 29 L.C.J. 1 (B.R.); *Chrétien v. Crowley*, (1882) 5 L.N. 268 (B.R.), *conf.* (1881) 4 L.N. 171.

187. *Dominion Transport Co. v. Mark Fisher, Sons & Co.*, [1925] R.C.S. 126; *C.P.R. v. Canadian Converters Co.*, (1924) 36 B.R. 385; *Gardner et Al. v. Dominion Transport Co.*, (1924) 36 B.R. 414; *Abraham v. C.P.R. et Redmon Co. v. Dominion Transport Co.*, (1923) 34 B.R. 417; *Canadian Northern Ry Co. v. Greenshields Ltd.*, (1921) 30 B.R. 302; *C.P.R. v. Hodgson Sumner Co.*, (1921) 31 B.R. 170.

188. *Chrétien v. Crowley*, (1882) 5 L.N. 268 (B.R.), *conf.* (1881) 4 L.N. 171.

été enregistrée, avait été artificiellement soutenue. L'un des acquéreurs d'actions attaquait les mandants en annulation de la vente de ses propriétés, qui avaient été échangées en partie contre ces actions sans valeur. La Cour d'appel a condamné les mandants en ces termes:

"It is a startling proposition that a party can under any circumstances, profit by the fraud of his agent because the principal is not privy to it ..."¹⁸⁹

Dans cette espèce, ainsi que dans quelques autres assez similaires, le mandant est condamné en cette seule qualité, au nom de la théorie de la représentation¹⁹⁰.

Dans une autre série d'arrêts, il était question d'une suite de vols qui avaient eu lieu en 1919. Ils avaient été rendus possible par la complicité d'un employé de C.P.R., prêtant son uniforme et son véhicule marqué "C.P.R." à des voleurs qui prenaient livraison de marchandises au nom de C.P.R. et disparaissaient avec. L'employé complice était un mandataire car il était autorisé à signer des récépissés de livraison aux clients, au nom du transporteur.

Les juges dans les différentes décisions se sont fondés principalement soit sur une responsabilité contractuelle du transporteur, ayant donné mandat apparent à son employé de prendre livraison des marchandises, soit sur une responsabilité quasi-délictuelle, selon l'article 1054 C.c..

Dans les opinions délivrées sur le second fondement, le transporteur a été ou non déclaré responsable selon que l'attitude de l'employé de C.P.R. pouvait être intégrée à l'exécution de ses fonctions. Parmi ces opinions, seul le juge Carroll, dans *Canadian Northern Ry Co. v. Greenshields Ltd.*¹⁹¹ énonce:

"[Il] était muni d'un mandat l'autorisant à signer les reçus et connaissements au nom de la compagnie appelante. Il devenait dès lors préposé de cette dernière et la liait"¹⁹².

Mis à part le fait qu'on ne voit pas en quoi détenir un tel mandat donnerait la qualité de préposé, les autres juges engagés

189. *Id.*, p. 271.

190. *Ibid.* "I cannot see how the legal effect of the knowledge of the agent who transacts my business can be distinguished from my knowledge. I am presumed to know what he knows, for it is by his eyes and ears I carry on my business."

191. *Canadian Northern Ry Co. v. Greenshields Ltd.*, (1921) 30 B.R. 302.

192. *Id.*, p. 305.

dans la démonstration de la responsabilité quasi-délictuelle du transporteur ne cherchent pas du tout à vérifier que le mandataire était préposé. Il était pourtant clair que cette qualité se retrouvait dans toutes les espèces puisqu'il était employé régulier du transporteur. Il est très possible que cette évidence ait suffi à retenir les juges de s'engager dans cette voie qui menait à engager la responsabilité des employeurs. C'est pourquoi les débats dans toutes les affaires se sont concentrés sur l'intégration des actes du mandataire à ses fonctions.

En conclusion, dans la jurisprudence québécoise, mis à part quelques arrêts¹⁹³ rendus en matière de mandat où les juges ont démontré l'existence d'un lien de préposition entre mandant et mandataire, la responsabilité quasi-délictuelle du fait d'autrui s'applique aux commettants et aux mandants, considérés comme deux catégories aux limites floues. On peut affirmer que pour les cours, la condition de lien de préposition n'a jamais été comprise dans la responsabilité découlant de l'article 1731. L'issue des litiges dépend toujours de l'intégration de l'acte aux fonctions du mandataire.

Par conséquent, il n'est pas besoin de "supprimer" l'exigence du lien de préposition: le droit positif montre que cette condition n'existe pas. L'O.R.C.C. dans son projet n'a fait que rendre compte de cette réalité.

Ceci ne signifie pas que la notion de "contrôle" élargie développée dans certains arrêts¹⁹⁴ ne puisse jouer un rôle important dans l'établissement de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire. Mais jusqu'à présent, cet apport est resté minime.

L'étude de la seule condition déterminante, l'intégration de la faute à l'exécution des fonctions, va nous permettre de préciser ce rôle potentiel.

Section II - La faute dans l'exercice des fonctions.

Le renvoi de l'article 1731 C.c. à l'article 1054-7 du C.c. pose la question de l'application au premier des problèmes que le droit positif a rencontrés pour déterminer quand la faute du préposé

193. *British American Oil Co. v. Roberge*, [1964] B.R. 18, *conf. par* [1964] R.C.S. V; *Jarry v. Pelletier*, [1938] R.C.S. 296; *Garage Touchette Ltée v. Dame Casavant*, [1944] B.R. 117.

194. *Ibid.*

sortait de l'exécution de ses fonctions, pour être seulement comise "à l'occasion" de celle-ci.

Après avoir déterminé abstraitement les différents types de situations fautives (par. 1), nous nous attacherons aux critères retenus par le droit positif et par l'O.R.C.C. pour intégrer la faute aux fonctions du mandataire (par.2).

par. 1 - Typologie des situations fautives et limites de cette approche

Quelles sont les fautes que l'on doit faire supporter au mandant? Le mandataire chargé de sa mission peut la remplir d'une façon négligente. Alors le tiers poursuivra le responsable en la personne du mandant. La responsabilité sera de nature contractuelle parce que la faute a été accomplie "dans les limites" du mandat, comme l'énonce l'article 1727. Mais il peut aussi arriver que le mandataire profite de son emploi pour porter préjudice au tiers en le volant, par exemple. Face aux prétentions du tiers, le mandant aura beau jeu de répondre que la fonction ne consistait pas à voler. En ce cas la responsabilité contractuelle ne saurait l'engager. C'est pourquoi il existe un besoin réel d'assurer la protection du tiers en ces circonstances par l'établissement d'une responsabilité quasi-délictuelle du fait d'autrui. L'article 1727 et l'article 1731 en dictent les conditions: l'acte doit alors être accompli "dans l'exercice" de fonctions attribuées au mandataire. Ainsi que l'explique remarquablement bien M. le juge Rivard, dans *Gardner & Co. v. Dominion Transport Co.*¹⁹⁵:

"La question est de savoir, non pas si les fonctions du préposé devaient comporter la commission de l'acte dommageable, mais s'il l'a commis en exerçant ses fonctions".

Il faut absolument différencier les limites du mandat (domaine de responsabilité contractuelle) de l'exécution effective, réelle, des fonctions du mandataire qui, seule, conditionne la réparation quasi-délictuelle.

Cependant, on peut décrire graduellement quatre types de situations fautives: le mandataire exécute sa tâche mais il l'exécute mal; il la "déforme"; il accomplit un geste ayant une relation avec elle mais qui n'y participe pas; enfin l'acte n'a aucun rapport avec elle. La première faute entraîne la responsabilité du mandant sans doute possible; la dernière ne l'engage pas, puis-

195. *Gardner et al. v. Dominion Transport Co.*, (1924) 36 B.R. 414, 417.

que le geste est en dehors du rapport de mandant à mandataire¹⁹⁶.

Le problème se situe entre les deux situations intermédiaires.

Il faut déterminer dans chaque espèce si le dommage provient soit d'une déformation de la fonction, soit d'un geste posé "à l'occasion" de l'exercice des fonctions, c'est-à-dire d'un geste n'ayant qu'une relation causale éloignée avec celles-ci.

Le tiers ne savait pas exactement ce que le mandataire devait faire. Il apparaît injuste de lui refuser un recours parce que le mandant n'avait pas autorisé l'acte. Mais il n'est pas plus équitable de rendre le mandant responsable de tout ce que son mandataire fait au poste où il a été nommé. Ainsi qu'un juge l'a expliqué, il n'y a pas de raison de rendre responsable le mandant si celui-ci a donné un instrument de travail au mandant et que ce dernier s'en sert dans un tout autre but¹⁹⁷. D'une façon comme de l'autre, on constate que la solution retenue ne pourra être qu'un pis-aller.

Ainsi dans *Curley v. Latreille*¹⁹⁸ une affaire jugée par la Cour suprême du Canada, Lauzon, le chauffeur de Latreille, avait utilisé l'automobile de son "maître" pour se promener "à vive allure" dans les rues de Montréal où il avait heurté un passant. La Cour n'avait pas retenu la responsabilité de Latreille. M. le juge Mignault avait alors fait la distinction:

"[l'article 1054.7] me paraît clairement exclure la responsabilité du maître pour un fait accompli par le domestique ou ouvrier à l'occasion seulement de ses fonctions, si on ne peut dire que ce fait s'est produit dans l'exécution des fonctions. [...] l'abus des fonctions, si le fait incriminé

196. Voir par exemple: *J.L. Lévesque & L.G. Beaubien Ltée v. McMahon*, [1978] C.A. 561; *Guildhall Ins. Co. v. Levac Automobiles Ltée et Autre*, [1968] B.R. 152.

197. *Canadian Pacific Railway Co. v. Hodgson Sumner Co.*, (1921) 31 B.R. 170, par le juge Dorion, p. 178: "... mon employé, à qui j'ai confié une hache pour travailler à mon service et qui s'en servirait pour commettre un meurtre, n'engagerait pas ma responsabilité; non plus, à plus forte raison, si le meurtre était commis par quelqu'un à qui il aurait prêté ma hache [...] Toute la question est de savoir si [le préposé] agissait dans l'exercice de ses fonctions en détournant de son usage l'instrument de travail qui lui avait été confié."

198. *Curley v. Latreille*, (1919-20) 60 R.C.S. 131, *conf.* (1918) 28 B.R. 388, *inf.* (1917) 26 R. de J. 146.

s'est produit dans l'exécution de ces fonctions, entre au contraire dans ce texte et entraîne la responsabilité du maître"¹⁹⁹.

La doctrine, pour expliquer cette responsabilité, développe une analyse fondée sur les limites de la fonction. Elle essaye de déterminer à l'aide d'une terminologie de plus en plus précise, mais néanmoins ambiguë, quand le préposé n'est plus "dans l'exécution de ses fonctions".

On trouve, selon M. Fabien²⁰⁰, le "mauvais exercice" de pouvoirs existants, entraînant la responsabilité, et l'exercice de pouvoirs "relativement" inexistants (par dépassement des limites), et absolument inexistants (il n'a jamais existé de mandat), où la responsabilité n'est pas retenue, sauf ratification, mandat apparent, etc.

La première catégorie de fautes comprend les fautes "contractuelles" dans lesquelles l'auteur inclut le dol, la fraude, les pressions indues pour faire signer le tiers et l'engager vis-à-vis du mandant²⁰¹. La seconde, comprend les excès ou les dépassements des limites du mandat par rapport à son objet, à sa durée, ou à la personne du mandataire (inexistence relative), ainsi que l'absence totale de mandat (inexistence absolue)²⁰².

M. Baudouin²⁰³ distingue, lui, l'exécution déficiente des fonctions, la déformation de l'exécution normale des fonctions (correspondant toutes les deux au "mauvais exercice" de M. Fabien) et enfin les dommages causés à l'occasion de l'exercice de la fonction (correspondant aux inexistences de pouvoir selon M. Fabien). Enfin M. Masse²⁰⁴ traite d'un côté l'"abus de fonction" proprement dit, c'est-à-dire sa déformation quant à l'heure, quant au lieu ou même en se chargeant d'une tâche accessoire ou de remplacement, et de l'autre les "vices de comportement" propres à la personnalité du mandataire ou du préposé, comprenant les vols, les agressions, les malversations de toutes sortes²⁰⁵.

199. *Id.*, pp. 175-6. Voir PINEAU et OUELLETTE, *op. cit.*, note 3, pp. 105 et s., pour une critique de la distinction dans cet arrêt.

200. *Loc. cit.*, note 4.

201. *Id.*, pp. 80 et s.

202. *Id.*, pp. 70 et s.

203. BAUDOIN, *op. cit.*, note 17, n. 565 et s.

204. Claude MASSE, *loc. cit.*, note 3.

205. *Id.*, pp. 628 et s.

Ainsi que M. Masse le constate, cette approche "intuitive" du problème est limitée, et l'utilité de ces notions d'"abus" de fonction et "d'occasion de l'exercice des fonctions" est réduite du fait de leur imprécision²⁰⁶. L'approche "situationnelle" est également remise en cause par M. Baudouin²⁰⁷, qui préfère "s'attacher à la finalité de la conduite du préposé" et se demander pour qui le préposé agissait au moment où le dommage a été causé, au lieu de rechercher si son comportement s'insérait dans sa sphère d'activités normales²⁰⁸.

Nous nous rangeons derrière l'avis de ces auteurs: il nous semble plus important de saisir les motifs déterminant le classement d'une situation dans l'une ou l'autre des catégories, que de chercher à découvrir approximativement quelles situations tombent dans chacune. Cette approche "finale" ne consiste-t-elle pas, en définitive, à apprécier simplement le lien de causalité entre la fonction et le dommage?

En effet, on comprend que pour que le mandataire soit engagé vis-à-vis du tiers, il suffit de prouver sa faute personnelle ainsi que le lien de causalité entre celle-ci et le dommage. Mais pour le mandant, sa faute personnelle n'est pas liée directement au dommage, sauf dans certains cas exceptionnels où il choisit des incapables notoires ou des individus "dangereux".

La seule manière de justifier sa responsabilité consiste alors à prolonger le *lien de causalité* partant du dommage, aboutissant à l'acte du mandataire, par un nouveau "tronçon" allant de ce dernier au "donneur de pouvoir", ou plus précisément à la tâche donnée par celui-ci. C'est parce qu'il existe un lien de causalité *direct* entre la fonction et le dommage que le mandant est responsable en plus du mandataire. Si ce dernier utilise un instrument de fonction à son propre profit, il s'est créé une *nouvelle* "cause" qui brise le lien entre le tiers et le commettant.

Il ne faut pas prendre le sens temporel ou spatial de l'expression "dans l'exercice de la fonction", mais plutôt y voir *l'énoncé de cette condition d'existence d'un lien de causalité* entre le dommage et la fonction. L'interprétation littéraire entraîne la doctrine à énumérer abstraitement les situations où le préposé

206. *Id.*, pp. 604. Voir également: PINEAU et OUELLETTE, *op. cit.*, note 3, pp. 103 et s., notamment p. 107.

207. *Op. cit.*, note 17, n. 577.

208. *Ibid.* Voir aussi: PINEAU et OUELLETTE, *id.*, p. 108.

est "dans l'exécution" des fonctions, sans expliquer au fond, *pourquoi* dans chaque cas telle situation est placée dans ou en dehors de celle-ci. Ceci peut sembler arbitraire s'il n'intervient pas l'idée du lien de causalité.

En ce sens M. Baudouin estime que le véritable critère de la responsabilité du commettant doit être recherché dans l'idée d'intérêt et de bénéfice qu'il tire de l'acte du préposé²⁰⁹.

Cette analyse doit expliquer pourquoi, dans certains cas-limites entre déformation de fonction et dépassement de celle-ci, les juges ont décidé de retenir la responsabilité du mandant ou du commettant²¹⁰.

par. 2 - Détermination d'un critère d'intégration de la faute aux fonctions

Nous examinerons comment le droit positif envisage le problème (I) puis la position de l'O.R.C.C. (II).

I- L'intégration de la faute aux fonctions dans le droit positif

La recherche d'un critère permettant de déterminer quand le mandant sera déclaré responsable de la faute quasi-délictuelle du mandataire passe par le rejet de trois éléments: le caractère délictuel de la faute (A); la désobéissance (B); le fait que l'acte n'a pas été accompli pendant l'horaire consacré au travail, ni au lieu de travail (C). Enfin nous examinerons le critère favorisé par la doctrine actuelle: celui de l'intérêt et du bénéfice de l'acte (D).

A) Caractère délictuel de l'acte dommageable

On pourrait soutenir que si le préposé ou le mandataire a commis un délit ou un crime, il n'existe plus de lien de causalité entre sa fonction et l'acte dommageable, même relativement à ses conséquences civiles²¹¹.

209. *Id.*, n. 577 et s.

210. On peut noter par ailleurs que l'article 31 du Projet de Code civil ne va pas à l'encontre de cette notion d'intérêt et de bénéfice. (Voir Office de Révision du Code civil, *Rapport sur le mandat*, précité, *supra*, note 14, article 31).

211. Le mandant peut être déclaré coupable avec le mandataire de sa participation à un délit criminel: voir *Marquis v. Promotion & Succès Ltée*, [1975] C.P. 125 (vente pyramidale). Dans *Mathieu v. Wentworth*, (1895) 1 R.J. 538, (1895) 4 B.R. 343, le mandant a été condamné pour avoir lui-même violé l'article 864 du *Temperance Act*, mais le juge a estimé qu'il pouvait aussi être coupable du fait de son agent (par le juge Archibald p. 353).

La jurisprudence majoritaire établit clairement le contraire²¹². Dans *Dominion Transport Co. v. Mark Fisher, Sons & Co.*²¹³ la Cour suprême du Canada devait décider de la responsabilité délictuelle civile d'une compagnie de transport en raison de vols commis par certains de ses employés.

La Cour dans cette espèce devait décider de la responsabilité de cette compagnie ayant employé un certain Jutras, qui avait prêté un véhicule marqué "C.P.R." pour permettre aux voleurs de perpétrer leur crime.

La compagnie soutenait bien entendu que Jutras n'avait jamais été employé pour prêter le véhicule à des voleurs. Mais Jutras pouvait-il rendre la compagnie responsable du fait de sa prétendue complicité (il avait prêté son uniforme)? Le juge Mignault énonce les règles en la matière:

"It is true that if the servant commits a crime in the performance of the work for which he is employed, the master is civilly responsible for the consequent damage. But it does not follow, because the servant committed a crime or was an accomplice in a crime committed by others, that the master is liable. The commission of the crime must be in the performance of the servant's work; if it is entirely outside the scope of the servant's duties, there is no room for liability. Similarly while the master is answerable for an abuse of a duty which he has confided to his employee, he is not responsible for something done entirely outside of the duty, even if it could not have been done without the tool or other object which he entrusted to his servant"²¹⁴.

En l'espèce le juge décide que les fonctions de Jutras ne lui permettaient pas de prêter le véhicule: donc son employeur n'est pas civilement responsable des conséquences de la complicité criminelle de son employé²¹⁵.

Ce passage illustre l'idée que la causalité directe du vol, résultant du fait que le seul instrument permettant le crime appartenait à la fonction du mandataire ou du préposé, est brisée par l'intervention d'un élément déterminant (une nouvelle cause): la volonté propre de l'employé de *détourner l'instrument à son profit exclusif*.

212. Voir cependant: *Agostino v. Lafortune*, [1965] B.R. 106, 113 (juge Casey); *Marsan v. Western Ass. Co.*, (1927) 42 B.R. 385; *Morin v. Bérubé*, [1955] C.S. 271.

213. *Dominion Transport Co. v. Mark Fisher, Sons & Co.*, [1925] R.C.S. 126.

214. *Id.*, pp. 135-6.

215. Voir la critique de cette analyse par MASSE, *loc. cit.*, note 3, pp. 630-35.

Mais dans une autre poursuite de la même affaire, l'employeur de Jutras a été condamné quasi-délictuellement parce que, cette fois, l'employé était allé lui-même chercher la marchandise, ce qui était son travail normal, mais il l'avait volée au lieu de la déposer à la gare comme d'habitude²¹⁶. Sans essayer ici de déterminer si les solutions retenues se justifiaient²¹⁷, on peut voir en rapprochant ces deux affaires que le lien de causalité n'est pas obligatoirement détruit par le fait que l'acte dommageable constituait un crime.

Ceci dépend de la finalité²¹⁸ du quasi-délit ou du délit.

Le même principe de responsabilité quasi-délictuelle du commettant a été retenu dans d'autres arrêts où le préposé avait commis un acte criminel, comme dans l'affaire *Vaillancourt*²¹⁹, où le juge Mignault avait déjà bien établi cette règle²²⁰.

Ainsi dans *Fidelity Insurance Co. of Canada v. Montréal Drive Away Service Ltd.*²²¹, une compagnie qui employait des chauffeurs occasionnels, sans les payer, pour conduire d'un endroit à un autre des automobiles, a été condamnée pour le vol d'un véhicule alors que son employé, avant d'en remettre les clefs, s'était fait faire des doubles pour commettre son crime. Ce faisant il était encore "dans l'exécution des fonctions" pour lesquelles il était employé²²².

216. *Gardner et al. v. Dominion Transport Co.*, (1924) 36 B.R. 414; voir aussi *C.P.R. v. Hodgson Sumner Co.*, (1921) 31 B.R. 170 par le juge Martin, p. 174 (le juge Dorion, pp. 178-80, ne semble pas fonder sa solution sur l'article 1054, mais plutôt sur l'article 1730; le juge Greenshields, pp. 176-7, n'indique pas le fondement précis de la responsabilité, mais il semble qu'il s'agisse de l'article 1054-7); *C.P.R. Co. v. Canadian Converters Co.*, (1924) 36 B.R. 385.

217. Voir l'article de M. MASSE, *loc. cit.*, note 3, pp. 630-35.

218. *Id.*, p. 613.

219. *Governor and Cy of Gentlemen Adventurers of England v. Vaillancourt*, [1923] R.C.S. 414.

220. *Id.*, p. 429.

221. *Fidelity Insurance Co. v. Montreal Drive Away Inc.*, [1975] C.P. 244 (pas de rémunération).

222. *Id.*, p. 246. Pour d'autres cas de vol de la part d'un mandataire voir *Begnoche v. Robidoux*, [1956] R.L. 557 (C.S. Montréal) (vendeur à commission qui disparaît avec la moitié du prix d'une automobile, déposé en acompte: mandant déclaré responsable); *Picard v. Laliberté*, (1936) 74 C.S. 280 (détournement de fonds par un avocat: mandant responsable); *Schonberg v. Étherige*, [1957] C.S. 319 (escroquerie de la part d'un employé d'un détective: responsabilité de celui-ci).

De même, dans *Dubuc v. Trottier*²²³ l'époux d'une gérante de fromagerie a été jugé responsable des injures que celle-ci avait proférées, en sa présence, à l'égard d'un concurrent qui avait ensuite perdu des clients en raison de ce fait.

La jurisprudence a également condamné des mandants pour des fraudes de mandataires qui tentaient d'extorquer des bénéfices indus de la conclusion de certaines transactions, comme des ventes d'actions ou des prêts²²⁴.

Dans le même sens, des arrêts ont retenu la responsabilité de mandants pour des fraudes ou des dolis commis dans le but de pousser les tiers à conclure un contrat. Ainsi deux courtiers associés dans *Paquette v. Boisvert*²²⁵ ont été condamnés par la Cour d'appel pour avoir l'un présenté un document faux, afin de faire croire à des recettes deux fois plus élevées qu'elles n'étaient en réalité, l'autre parce qu'il avait gardé une "passivité coupable". Le juge Pratte les condamne à supporter l'un et l'autre la responsabilité des fautes de son associé puisque "chacun d'eux est censé avoir été à la fois le mandant et le mandataire de l'autre"²²⁶.

Les cours n'ont pas hésité à condamner des promoteurs qui désiraient prendre avantage des manoeuvres frauduleuses de leurs agents²²⁷. Par exemple dans *National Real Estate & Investment Co. of Canada v. Meloche*²²⁸ le juge Carroll affirme:

"Tout principal qui autorise un agent à exécuter un contrat prend la responsabilité de la fraude de cet agent vis-à-vis du tiers qui contracte avec lui. À plus forte raison [...] si le principal [...] s'approprie l'acte de l'agent en en bénéficiant. Il assume alors la responsabilité du fait de l'agent"²²⁹.

223. Voir *Dubuc v. Trottier*, (1901) 19 C.S. 202 (C. Rév.), à la p. 204.

224. *Home Loan Mortgage Co. v. Blake*, (1920) 57 C.S. 415 (C. Rév.); *Lamarque v. Beaver Stone Machinery Co.*, (1917) 23 R.L. (n.s.) 104 (C. Rév.); *Compagnie de meubles de Robertsonville v. Bilodeau*, (1914) 46 C.S. 5 (C. Rév.); *Chrétien v. Crowley*, (1881) 4 L.N. 171, conf. par (1882) 5 L.N. 268.

225. *Paquette v. Boisvert et Autre et Cinéma Berthier Inc.*, [1958] B.R. 150.

226. *Id.*, p. 154.

227. *Bellevue Land Ltd. v. Roy*, (1917) 23 R.L. 217 (C. Rév.); *Talbot v. Le Parc Richelieu Ltée*, (1917) 51 C.S. 88.

228. *National Real Estate & Investment Co. of Canada v. Meloche*, (1917) 26 B.R. 212.

229. *Id.*, p. 216.

Dans ces espèces les juges ne déclarent pas précisément si cette responsabilité est de nature quasi-délictuelle ou contractuelle²³⁰. Les contrats sont annulés, il serait logique de penser que le terrain est quasi-délictuel. Mais les juges ne recherchent pas non plus si l'acte frauduleux était dans les limites du mandat²³¹. En cas de ratification, on se trouve dans les termes de l'article 1727 C.c. et cette recherche n'est en effet pas nécessaire.

Au contraire, dans quelques espèces²³² le mandant n'a pas été condamné à réparer civilement l'acte criminel du mandataire parce qu'il n'avait pas participé à celui-ci, ou parce qu'il n'en avait pas eu connaissance. Ces motifs d'absence de faute personnelle, lorsqu'il s'agissait de responsabilité quasi-délictuelle du fait du mandataire, ne sont pas satisfaisants: il aurait mieux valu dire que les actes étaient en dehors de l'exécution des fonctions. Ainsi dans *Marsan v. The Western Ass. Co.*²³³ le mandant a pu récupérer le bénéfice d'une assurance à la suite de l'incendie de son fonds de commerce qui avait été allumé par son mandataire, parce qu'il s'agissait d'un "contrat personnel entre l'assureur et l'assuré"²³⁴.

B) La désobéissance du mandataire

Si le mandataire ou le préposé désobéit aux instructions, ce fait n'exclut pas tout lien de causalité entre le dommage et l'exercice des fonctions²³⁵.

Cependant il peut arriver que la désobéissance entraîne l'exclusion de l'acte de leur exécution lorsque ces dernières ne laissent aucune alternative quant à la méthode d'exécution. Ainsi dans *Moreau v. Labelle*²³⁶ le jeune neveu du propriétaire d'une automobile, que ce dernier avait prêtée à un ami, devait ramener

230. *Ibid.*, et voir note 146.

231. Voir aussi *Sunrise Industries (Mtl.) Ltée v. Fournier*, [1966] R.L. 60 (C.S. Sherbrooke), où la Cour affirme sans fondement juridique exprès: "La demanderesse doit répondre de la fraude de son mandataire". Il s'agissait d'un représentant qui avait trompé un client sur la vente d'un appareil de cuisine.

232. *Morin v. Bérubé*, [1955] C.S. 271; *Marsan v. The Western Ass. Co. & Laporte Martin Ltée*, (1927) 42 B.R. 385.

233. *Ibid.*

234. *Id.*, p. 388.

235. Voir en ce sens: MASSE, *loc. cit.*, note 3, pp. 613-14.

236. *Moreau v. Labelle*, [1933] R.C.S. 201.

la voiture “tout de suite et [...] ne pas aller ailleurs”²³⁷. En faisant un détour, le jeune Moreau agissait donc en dehors de sa fonction “spéciale et précise.”

Dans cet arrêt de la Cour suprême du Canada, le juge Rinfret tire la distinction “claire et concise”²³⁸ d’un arrêt de la Cour d’appel anglaise, rendu dans la cause *Plump v. Cobden Flour Mills Co.*²³⁹:

“There are prohibitions which limit the sphere of employment, and prohibitions which only deal with conduct within the sphere of employment. A transgression of a prohibition of the latter class leaves the sphere of employment where it was, and consequently will not prevent recovery and compensation. A transgression of the former class carries with it the result that the man has gone outside the sphere”.

Ainsi un agent d’assurance, préposé de l’assureur, qui prend un engagement en contradiction des termes de la proposition d’assurance commet une faute dans l’exécution de ses fonctions²⁴⁰.

Dans *Hrera v. Gordon Vacuum Cleaners Inc.*²⁴¹, la question était de savoir si un jeune préposé, qui avait pris le volant d’un véhicule dont il avait la garde et qui avait alors heurté l’automobile du demandeur, était toujours dans l’exécution de ses fonctions selon l’article 1054-7, bien qu’il lui avait été expressément interdit de conduire l’engin. Le juge Brossard étend ici la solution admise pour les actes criminels, comme dans l’affaire *Vailancourt*, et il explique:

“Pour que le dernier alinéa de l’article 1054 C.c. ait une application, une signification et une utilité distinctes de celles de l’article 1053 C.c. et de l’article 1727 C.c., il faut que l’acte fautif du préposé dont il parle en soit un que le préposé ne doit pas accomplir ou n’a pas le droit d’accomplir en vertu de son [...] mandat, mais qu’il accomplit néanmoins en agissant en qualité de préposé, alors qu’il est assujéti aux ordres de son employeur et alors que son activité s’exerce, de façon générale, au bénéfice de son employeur”²⁴².

237. *Id.*, p. 203.

238. *Id.*, p. 211.

239. *Plump v. Cobden Flour Mills Co.*, [1914] A.C. 62.

240. *Simard v. Mutual of Omaha Insurance Co.*, C.S. Arthabaska, 415-05-000 020-74, 1978/02/09, J.E. 78-230. En l’espèce, l’assureur n’a pas été condamné parce que le dommage n’a pas été prouvé.

241. *Hrera v. Gordon Vacuum Cleaners Inc.*, [1954] C.S. 316.

242. *Id.*, p. 320.

C'est précisément ce fait qui constitue la spécificité de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant, en vertu de l'article 1731. La jurisprudence est solidement ancrée dans cette direction²⁴³.

C) L'accomplissement de l'acte pendant le travail ou au lieu de travail

Quand le mandataire ou le préposé a accompli la faute pendant les heures de travail, ou lorsqu'il était à son lieu de travail, ces circonstances peuvent mener à décider qu'il était alors "dans l'exécution de ses fonctions". Par exemple, dans *Fidelity Insurance Co. of Canada v. Montreal Drive Away Service Ltd.*²⁴⁴ le chauffeur occasionnel de Montreal Drive Away avait volé la voiture qu'il conduisait après avoir accompli sa tâche, c'est-à-dire après l'avoir ramenée à Montréal. Cependant Montreal Drive Away a quand même été condamnée parce que son ex-préposé avait accompli son vol grâce à un double des clefs, qu'il s'était fait faire avant de les remettre, ce qui consistait le geste final de sa fonction. De même dans *Martel v. Hôtel Dieu St-Vallier*²⁴⁵, la Cour Suprême du Canada infirmant sur ce point l'arrêt de la Cour d'appel²⁴⁶, décide que l'hôpital était quasi-délictuellement responsable de la faute (présumée) de l'anesthésiste qui y avait exercé l'opération fatale²⁴⁷. Le préposé à la surveillance d'un camion qui en prend les commandes et percute un autre véhicule entraîne la responsabilité du commettant²⁴⁸. L'employé de C.P.R. qui prête son habit et son véhicule à des complices pour aller voler des

243. Voir notamment: *Quebec Liquor Commission v. Moore*, [1924] R.C.S. 540, 544 (juge Anglin). Voir aussi MASSE, *loc. cit.*, note 204, pp. 613-14 et la jurisprudence citée (en matière de responsabilité du fait d'autrui, non limitée au mandat).

244. *Fidelity Insurance Co. v. Montreal Drive Away Inc.*, [1975] C.P. 244 (pas de rémunération).

245. *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745.

246. *Hôtel-Dieu St-Vallier v. Martel*, [1968] B.R. 389.

247. *Id.*, p. 753, par le juge Pigeon (C.S.C.).

248. *Hrera v. Gordon Vacuum Cleaners Inc.*, [1954] C.S. 316; voir aussi: *British American Oil Co. v. Roberge*, [1964] B.R. 18, *conf.* par [1964] R.C.S. V (les préposés du distributeur mettent le feu au réservoir de la station d'essence en livrant le carburant).

marchandises, pendant le temps normal de son travail, rend son employeur responsable²⁴⁹.

Mais le préposé ou le mandataire, même au lieu de travail et pendant celui-ci, peut accomplir des actes qui l'excluent de ses fonctions, parce qu'ils n'ont rien à voir avec elles: c'est le sens de l'expression "à l'occasion des fonctions". La Cour suprême du Canada a fait observer, notamment dans *Curley v. Latreille*²⁵⁰ que les circonstances "de temps, de lieu et de service" ne rattachaient pas d'office l'acte aux fonctions. Ainsi le chauffeur Lauzon au lieu de reconduire son automobile s'en va dans les rues de Montréal et heurte un passant: son "maître" n'est pas responsable. De même plus récemment, la Cour suprême a réitéré cette proposition pour un accident qui avait eu lieu alors qu'un représentant, acheteur pour plusieurs sociétés, conduisait bénévolement un employé de la société pour le compte de laquelle il voyageait, déplacement au cours duquel il avait eu l'accident²⁵¹. La Cour suprême décide que la société n'était pas responsable parce que le représentant n'avait jamais été chargé par elle de transporter son compagnon de travail et le juge Pigeon énonce alors²⁵²:

"On ne peut nier que par des circonstances de temps, de lieu et de service le transport se rattachait aux fonctions [du représentant], mais cela ne suffit pas pour qu'il y ait responsabilité".

De la même façon, dans *Franck de Rice Ltd. v. Elder*²⁵³, la Cour d'appel a accueilli l'action contre l'employé qui avait blessé un client agressif, en lui jetant un verre d'eau au visage alors qu'il était derrière son comptoir pendant son service. Mais la Cour a rejeté l'action contre l'employeur, parce que l'employé en défendant avec "une telle violence" la propriété de l'employeur n'était plus dans l'exercice de ses fonctions²⁵⁴.

249. *C.P.R. v. Hodgson Sumner Co.*, (1921) 31 B.R. 170; *C.P.R. v. Canadian Converters Co.*, (1924) 36 B.R. 385; *Gardner et Al. v. Dominion Transport Co.*, (1924) 36 B.R. 414.

250. *Curley v. Latreille*, (1919-20) 60 R.C.S. 131. Voir, dans le même sens, *Moreau v. Labelle*, [1933] R.C.S. 201; *Dominion Transport Co. v. Mark Fisher, Sons & Co.*, [1925] R.C.S. 126.

251. *Jollette, Bonenfant et al. v. Solbec Copper Miners Ltd.*, [1969] R.C.S. 892, *conf.* [1968] B.R. 846.

252. *Id.*, p. 896.

253. *Franck de Rice Ltd. and Another v. Elder*, (1939) 67 B.R. 563.

254. Voir cependant: *Governor and Co. of Gentlemen Adventurers of England v. Vaillancourt*, [1923] R.C.S. 414.

En définitive, tout dépend de la structure du travail, et il est possible que l'horaire soit laissé à la discrétion de l'employé, comme pour les marchands à commission, les agents commerciaux, ou qu'il n'y ait aucun lieu de travail, comme pour ces démonstrateurs de voiture ambulants, qui se servent de l'automobile pour attirer la clientèle. Or la jurisprudence montre que ces préposés peuvent, même sans lieu de travail fixe ni horaire, engager la responsabilité quasi-délictuelle de leurs commettants²⁵⁵. Le lien de causalité entre la fonction et le dommage ne disparaît pas si ce dernier a été subi en dehors du temps ou du lieu de travail. Normalement, en effet, ces deux éléments ne sont pas suffisants pour épuiser ce en quoi consiste l'intégration d'une activité à la fonction²⁵⁶. Pour le cas du mandat, ceci est clair. L'action du mandataire n'est pas restreinte en général à un lieu, encore moins à un horaire puisque l'essentiel de l'activité du mandataire se déploie dans l'accomplissement d'actes juridiques pour le compte du mandant. L'ensemble des gestes matériels y afférant ne peuvent être limités par un cadre strict, puisque ceux-ci ne constituent pas l'objet même du mandat.

Finalement, M. Baudouin a proposé de prendre comme critère de lien de causalité entre le dommage et les fonctions, la notion d'"intérêt et de bénéfice de l'acte"²⁵⁷. La question devient: pour qui le préposé ou le mandataire agissait-il au moment de l'acte dommageable?

D) L'intérêt et le bénéfice de l'acte dommageable

Si l'on décide de résoudre le problème de cette manière, il est certain que l'on rend le mandant quasi-délictuellement responsable dans de nombreuses situations où le mandataire a dépassé les limites du mandat, où il a même désobéi, où il a éventuellement commis un crime. On comprend alors toute l'hésitation qui peut nous retenir devant la suppression ou l'absence en matière de mandat, de la condition de lien de préposition, exigée par l'article 1054 alinéa 7.

255. *Jarry and Jarry v. Pelletier*, [1938] R.C.S. 296; *Garage Touchette Ltée v. Dame Casavant*, [1944] B.R. 117.

256. Dans *Moreau v. Labelle*, ([1933] R.C.S. 201) la fonction du préposé était très simple: ramener une voiture à tel endroit, sans détour possible. Il était alors facile de déterminer ce qui n'en faisait pas partie.

257. Voir BAUDOUIN, *op. cit.*, note 17, n. 577 et s.; MASSE, *loc. cit.*, note 3, p. 604 et pp. 618 et s.

Il est vrai que normalement si l'affaire tourne malgré tout à l'avantage du mandant, celui-ci ne peut pas soutenir que l'acte de désobéissance n'a pas été inclus dans l'objet du mandat²⁵⁸.

Il semble logique à l'opposé qu'il paie les conséquences d'un acte qui aurait pu lui profiter, sans le fait du dommage. De plus il pourra se retourner contre le mandataire, sur le fondement de l'article 1710 ou 1709 C.c.

Une fois acceptée la justification de cette responsabilité "débordante", il faut la limiter aussi équitablement que possible. La notion d'intérêt et de bénéfice, qui sert d'ailleurs à prouver l'existence d'un mandat lorsque ceci est nécessaire²⁵⁹, semble répondre à ce besoin. On peut alors distinguer entre les espèces où l'intérêt, soit du mandant, soit du mandataire était exclusif (1) et ceux où il était conjoint (2).

1) L'intérêt exclusif de l'une des parties

Si l'acte a été accompli dans l'intérêt et le bénéfice exclusif du mandant ou du commettant on considérera qu'il l'a été "dans l'exécution des fonctions": celui-ci assumera une responsabilité du fait de son mandant ou de son préposé²⁶⁰. Au contraire si l'acte était dans l'intérêt exclusif de ce dernier, le mandant ou le commettant sera libéré de l'obligation de réparer²⁶¹.

a) L'intérêt exclusif du commettant ou du mandant

Quand le mandataire agit clairement dans l'intérêt du mandant, même si ce faisant il commet un délit ou un quasi-délit, il entraîne la responsabilité du mandant²⁶². Une illustration de cette règle est fournie par l'arrêt *Talbot v. Le Parc Richelieu Ltée*²⁶³

258. Voir art. 1718 C.c.

259. Voir ainsi: *The London Ass. Co. v. Dechaux et Frères Ltée*, [1956] B.R. 612.

260. Voir ainsi *Trans-Québec Helicopters Ltd. v. Heirs of ... David Lee*, [1980] C.A. 596, 603.

261. Voir en ce sens BAUDOUIN, *op. cit.*, note 17, n. 585-6.

262. *Talbot v. Le Parc Richelieu Ltée*, (1917) 51 C.S. 88; voir aussi *Grimaldi v. Restaldi*, [1933] R.C.S. 489 (rapports préposé-commettant).

263. Voir *Dubuc v. Trottier*, (1901) 19 C.S. 202, 204. L'épouse du défendeur avait accusé un concurrent de vol. Le juge Casault explique alors: "C'était pour y attirer des patrons et en enlever au demandeur qu'elle a tenu les propos dont celui-ci se plaint: et par conséquent, dans l'exécution du mandat tacite que lui avait confié son mari." Voir aussi, *Trans-Québec Helicopters Ltd. v. Heirs of ... David Lee*, [1980] C.A. 596, 603.

où un agent, après avoir entraîné quelqu'un dans une escroquerie immobilière, lui avait affirmé, pour éviter qu'il n'engage une action en révision de la vente, que son mandant était prêt à lui racheter les propriétés s'il ne pouvait les revendre à profit. Cette fausse représentation avait retardé l'action, au bénéfice de la mandante. La Cour de Révision a donc condamné cette dernière. De même, on a condamné la société mandante d'un représentant, qui avait frauduleusement fait souscrire un billet à l'ordre de celle-ci²⁶⁴. La mandante s'était, en plus, empressée de faire escompter le billet bien que le tiers lui ait demandé de le lui rendre. La solution avait déjà été acceptée dès 1882, où dans *Chrétien v. Crowley*²⁶⁵, une affaire d'escroquerie consistant en la vente d'obligations d'une compagnie non incorporée, donc inexistante, la Cour d'appel avait vigoureusement affirmé:

"It is a startling proposition that a party can, under any circumstances, profit by the fraud of his agent because the principal is not privy to it"²⁶⁶.

b) L'intérêt exclusif du préposé ou du mandataire

Si l'acte accompli excluait tout bénéfice potentiel pour le mandant, il ne sera pas considéré comme ayant été posé "dans l'exécution des fonctions"²⁶⁷.

Ainsi dans *J.L. Lévesque & L.G. Beaubien Ltée v. McMahan*²⁶⁸, un courtier employé de J.L. Lévesque est chargé par le défendeur McMahan de vendre des valeurs mobilières qui lui sont remises. Le vendeur décède subitement. Dans sa sacoche contenant les valeurs, on ne retrouve qu'une partie de celles-ci. McMahan soutient que l'employeur du courtier était responsable de la perte. La Cour d'Appel repousse sa prétention. Le juge Dubé estime que la faute de l'employé n'avait été accomplie qu'à l'occasion de ses fonctions: l'employeur ignorait tout des tractations au cours desquelles l'employé avait donné à McMahan un

264. *Lamarche v. The Beaver Stove Machinery Co.*, (1917) 23 R.L. (n.s.) 104 (C. de Rév., Montréal). Voir aussi: *Home Loan Mortgage Co. v. Blake*, (1920) 57 C.S. 415 (C. de Rév.); *National Real Estate & Investment Co. of Canada v. Meloche*, (1917) 26 B.R. 212; *Compagnie de Meubles de Robertsonville v. Bilodeau*, (1914) 46 C.S. 5 (C. Rév.).

265. *Chrétien v. Crowley*, (1882) 5 L.N. 268 (B.R.), *conf.* (1881) 4 N.N. 171.

266. *Id.*, p. 271.

267. Voir *Pilon v. Héritiers de Julien Bellemare*, [1966] R.L. 385 (C.S.), pp. 422-3; BAUDOUILIN, *op. cit.*, note 17, n. 579.

268. *J.L. Lévesque & L.G. Beaubien Ltée v. McMahan*, [1978] C.A. 561.

reçu portant l'entête de la compagnie qui avait précédé la création de celle de l'employeur, et qui n'existait plus. Le juge explique que celui-ci ne pouvait avoir aucun intérêt à laisser son employé vendre des obligations pour son propre compte: il perdait ainsi toute commission sans aucun avantage en contrepartie²⁶⁹.

Dans *Curley v. Latreille*²⁷⁰, Lauzon, chauffeur de Latreille, emprunte la voiture de fonction au lieu de la remettre au garage et il part se promener. La Cour suprême du Canada écarte la responsabilité de Latreille pour l'accident causé lors de cette promenade. Ce dernier ne pouvait tirer absolument aucun bénéfice de cet acte de pur agrément de la part de son chauffeur. Il en aurait été différemment si, comme l'affirmait celui-ci, il était allé roder le véhicule. De même, dans *Moreau v. Labelle*²⁷¹, le propriétaire d'une automobile n'est pas responsable du dommage causé par son préposé qui abandonne la seule route qu'il pouvait suivre pour accomplir sa fonction simple, consistant à ramener le véhicule. Le juge Rinfret note qu'alors il ne le conduisait pas pour les fins de son commettant mais "pour des fins entièrement différentes, et qui n'avaient rien à voir avec la fonction dont il était chargé"²⁷².

La solution a été identique dans *Dominion Transport Co. v. Mark Fisher, Sons & Co.*²⁷³, le seul arrêt de la Cour suprême rendu dans l'affaire des vols effectués grâce à la complicité de l'employé Jutras. Le juge Mignault maintient la règle telle qu'il l'avait interprétée dans *Curley v. Latreille*. Le fait de fournir la voiture marqué C.P.R. et son uniforme aux voleurs n'apportait assurément aucun bénéfice au commettant. Pourtant, une série d'arrêts rendus en Cour d'appel dans la même affaire avaient condamné celui-ci²⁷⁴ à cause de la participation directe de Jutras au vol ou en raison de sa complicité. Il est vrai que sans les facilités offertes par sa position, il n'aurait jamais pu commettre

269. *Id.*, p. 563.

270. *Curley v. Latreille*, (1919-20) 60 R.C.S. 131.

271. *Moreau v. Labelle*, [1933] R.C.S. 201.

272. *Id.*, p. 216.

273. *Dominion Transport Co. v. Mark Fisher, Sons & Co.*, [1925] R.C.S. 126.

274. Voir *Canadian Pacific Railway Co. v. Canadian Converters Co.*, (1924) 36 B.R. 385; *Gardner et al. v. Dominion Transport Co.*, (1924) 36 B.R. 414; *C.P.R. v. Hodgson Sumner Co.*, (1921) 31 B.R. 170; *Canadian Northern Ry. Co. v. Greenshields Ltd.*, (1921) 30 B.R. 302; *contra: Abraham v. C.P.R.*, (1923) 34 B.R. 417 (pas de complicité).

l'acte²⁷⁵. Il faut voir ici l'expression d'un courant jurisprudentiel minoritaire et selon nous, erroné²⁷⁶, selon lequel il suffirait que l'activité s'exerce "de façon générale" au bénéfice de l'employeur (tout en étant préposé et assujéti aux ordres de ce dernier)²⁷⁷. Cette notion de bénéfice "général" n'est pas assez précise: la plupart du temps, il serait facile de découvrir alors dans toutes les espèces, un certain bénéfice. Ceci remettrait en question la valeur du critère dans les espèces où il est le plus nécessaire: lorsque l'intérêt est conjoint.

2) L'intérêt conjoint des parties

Nous abordons le domaine où l'acte du préposé ou du mandataire est accompli dans son intérêt propre mais conserve aussi un intérêt pour le mandant ou le commettant: cet intérêt conjoint peut faire intégrer l'acte dans l'exercice des fonctions²⁷⁸. Ceci correspond au "mauvais exercice de pouvoirs réels" selon la terminologie de M. Fabien²⁷⁹. Lorsque l'intérêt conjoint du commettant est trop indirect, trop minime par rapport à l'acte, dommageable, sa responsabilité ne devra pas être engagée et on se trouvera alors dans ce que M. Fabien appelle l'exercice de pouvoirs "relativement" inexistant²⁸⁰.

Il n'est pas besoin d'un grand intérêt, ni d'un intérêt très immédiat pour que l'acte dommageable soit intégré aux fonc-

275. Voir en ce sens, MASSE, *loc. cit.*, note 3, pp. 834-5.

276. Voir dans le même sens, BAUDOUIN, *op. cit.*, note 17, n. 578: selon l'auteur, les notions d'intérêt et de bénéfice doivent être prises au sens strict. Voir cependant MASSE, *id.*, pp. 635 et s.

277. *Hrera v. Gordon Vacuum Cleaners Inc.*, [1964] C.S. 316, 320 (juge Brossard). En l'espèce le commettant est rendu responsable parce que son gardien préposé avait mis en marche un véhicule qu'on lui avait interdit de conduire: ici aussi, la solution nous semble erronée. Voir aussi: *Schonberg v. Étherige*, [1957] C.S. 319. Il en est différemment d'affaires comme *Jarry v. Pelletier* ([1938] R.C.S. 296) où le conducteur était un "démonstrateur ambulante", car l'intérêt potentiel n'était pas absent.

278. Voir *Zambon Co. Ltd. v. Schrijershof*, [1959] B.R. 679, 685, *conf.* par [1961] R.C.S. 291. Voir aussi *Jolette-Bonenfant v. Solbec Copper Mines Ltd.*, [1968] B.R. 846, *conf.* par [1969] R.C.S. 892; relativement au passager accidenté de l'autre voiture, le préposé était dans l'exécution de ses fonctions, parce qu'il voyageait pour l'intérêt de Solbec. Voir BAUDOUIN, *id.*, n. 583, et la jurisprudence citée sous ce numéro.

279. FABIEN, *loc. cit.*, note 5.

280. *Ibid.*

tions²⁸¹. Mais on aperçoit dans la jurisprudence deux manières de considérer l'existence de cet intérêt: les juges soit constatent qu'il existe concrètement, soit l'estiment *in abstracto*, potentiellement.

a) existence *in concreto* de l'intérêt conjoint

Dans *Zambon Co. Ltd. v. Schrijvershof*²⁸², la compagnie Zambon a été déclarée responsable de l'accident causé par son préposé, qui conduisait le véhicule de celle-ci avec la permission de son patron et sur ses instructions, afin d'aller chercher son épouse pour qu'elle lui prépare son souper. L'intérêt personnel était doublé par un autre avantage: en utilisant le véhicule pour aller dîner, il pouvait retourner plus vite sur le lieu de son travail et lui consacrer, puisqu'il pressait, un temps plus long²⁸³. Cette économie de temps constitue l'intérêt objectif concret qui intègre l'acte dommageable à l'exercice de la fonction.

Le Juge Choquette affirme²⁸⁴:

“Dans certains cas, le commettant et l'employé ont un intérêt conjoint à la conduite du véhicule. Cette communauté d'intérêt laisse subsister la responsabilité du commettant”.

Dans le même sens, dans *Jarry v. Pelletier*²⁸⁵, on a condamné les mandants d'un vendeur de voitures usagées qui avait causé un accident avec l'une d'elles alors qu'il conduisait un client au bureau des licences pour obtenir ses plaques d'immatriculation, et qu'il allait le ramener afin de les poser. Le juge Cannon, à la Cour suprême, admet que le vendeur ne s'en servait pas exclusivement pour ses propres fins. Mais il considère qu'il était quand même dans l'exécution de ses fonctions, consistant à se promener jour et nuit à Montréal pour montrer les qualités des véhicules, pour les faire voir et essayer. En conduisant le client qui en avait déjà acheté un, le vendeur continuait donc à faire voir la marchandise du mandant. Il lui procurait ainsi un bénéfice réel.

281. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 17, n. 583 et 585. Voir cependant *Guildhall Ins. Co. v. Levac Automobile Ltée*, [1968] B.R. 152.

282. *Zambon Co. Ltd. v. Schrijvershof*, [1959] B.R. 679.

283. *Id.*, p. 684 (juge Choquette) et p. 690 (juge St-Jacques).

284. *Id.*, p. 685.

285. *Jarry v. Pelletier*, [1938] R.C.S. 296.

Dans *Garage Touchette Ltée v. Dame Casavant*²⁸⁶, une espèce similaire, nous avons vu que la Cour d'appel a considéré qu'un agent à commission était toujours dans l'exécution de ses fonctions alors qu'il avait causé un accident en se promenant un dimanche avec une amie pour son propre agrément, sans aucune intention de sa part de poursuivre alors son activité de représentant.

Le juge Barclay et la majorité de la Cour suivent le jugement de la Cour suprême dans *Jarry v. Pelletier*, au motif que le mandataire avait la possession de l'automobile ainsi que la discrétion absolue quant à son utilisation, dans l'intérêt du mandant car il était une "publicité ambulante"²⁸⁷.

Dans cette espèce, si l'intérêt du commettant existe potentiellement, il ne correspond pas à la volonté réelle ni actuelle de l'auteur de l'acte. D'ailleurs, M. le juge St-Jacques, dissident, estime que ceci dépasse "d'une façon inacceptable la limite qu'il faut poser à l'interprétation des termes de l'article 1054 C.c."²⁸⁸.

On peut contraster *Garage Touchette Ltée*, avec l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans *Frank De Rice Ltd. v. Elder*²⁸⁹. Le préposé à l'établissement du commettant blesse le client qui cherchait à saisir un cornichon par-dessus le comptoir, alors qu'il avait déjà essayé d'en obtenir un et que son envie était restée insatisfaite. La Cour ne retient pas la responsabilité du commettant parce que, selon elle, la violence avait été telle qu'elle situait le préposé en dehors des fonctions. La Cour retient ici une conception concrète de l'existence de l'intérêt du commettant, en donnant la prééminence à la volonté réelle et actuelle du préposé. Celle-ci n'était pas de défendre le cornichon du commettant avec une telle violence. Un degré inférieur de force aurait été suffisant pour agir dans l'intérêt de celui-ci.

Dans *Frank de Rice*, le juge St-Jacques, dissident à nouveau, aurait cette fois retenu la responsabilité de Franck de Rice²⁹⁰ parce qu'il estime qu'il était impossible en cette espèce de déterminer réellement les limites de la fonction de l'employé. Ce fai-

286. *Garage Touchette Ltée v. Dame Casavant*, [1944] B.R. 117.

287. *Id.*, p. 121.

288. *Id.*, p. 137 (voir aussi p. 136).

289. *Franck de Rice Ltée v. Elder*, (1939) 67 B.R. 563.

290. *Id.*, pp. 576-77 (citant l'arrêt *Vaillancourt*, [1923] R.C.S. 414).

sant, il rejoint tout un courant jurisprudentiel qui adopte une conception abstraite de l'intérêt "fonctionnel".

b) existence "in abstracto" de l'intérêt conjoint

On trouve des espèces²⁹¹ où les juges ont retenu la responsabilité de mandants ou de commettants alors qu'en fait, ils n'avaient tiré aucun bénéfice de l'acte de leurs mandataires ou préposés, mais que ceux-ci le recherchaient abstraitement, ou du moins ne l'avaient pas écarté. Par exemple, un représentant de commerce affirme à quelqu'un qu'il recevra en prime un appareil électro-ménager s'il s'engage à acheter quelque chose d'autre²⁹². L'acheteur reçoit l'appareil avec sa facture et s'aperçoit qu'il lui est simplement demandé de le payer. Le mandant est rendu responsable, donc il ne tire aucun bénéfice réel de la représentation frauduleuse de son mandataire. Toutefois si l'acheteur s'était laissé convaincre de l'utilité de l'appareil, il aurait pu en définitive expédier son paiement. Il a existé un intérêt conjoint potentiel abstrait. Celui-ci intègre le quasi-délit à l'exécution de la fonction.

À côté de ce type de situations, la jurisprudence a étendu ce raisonnement à des actes pour lesquels il est beaucoup plus difficile de l'admettre, en raison de leur gravité.

Cette tendance est représentée par l'arrêt *Vaillancourt*²⁹³. Le gérant du comptoir d'une compagnie, ivre, blesse un employé de celle-ci en imaginant qu'il avait cherché à diminuer son autorité. La Compagnie est condamnée et la Cour suprême du Canada estime que le gérant était aussi en train de défendre l'autorité de celle-ci, qu'il représentait avec tous pouvoirs, lorsqu'il avait blessé l'employé. La Cour recherche donc sa volonté hypothétique pour aboutir à la conclusion qu'il existait un bénéfice potentiel pour elle dans cet acte criminel.

291. Voir *Malenfant et autre v. Thibault*, [1970] C.A. 715 (constructeur de chalet qui laisse des débris entraînant des dommages aux biens d'un tiers). Voir aussi, entre autres: *Simard v. Mutual of Omaha Ins. Co.*, C.S. Arthabaska, n. 415-05-000 020-74, 1978/02/09, J.E. 78-230 (agent d'assurance); *Brisson v. Lepage*, [1969] B.R. 657 (agents immobiliers); *Paquette v. Boisvert*, [1958] B.R. 150; (courtiers immobiliers associés); *Langlais v. Larendeau*, [1950] C.S. 159 (avocat; saisie illégale).

292. Voir *Sunrise Industries (Mtl.) Ltée v. Fournier*, [1966] R.L. 60 (C.S. Sherbrooke) (représentant de commerce).

293. [1923] R.C.S. 414.

Cette analyse très discutable est à rapprocher de l'affaire *Fidelity Insurance Co. of Canada v. Montreal Drive Away Service*²⁹⁴ où la Compagnie Drive Away a été condamnée à réparer les dommages causés au véhicule d'un client, qui avait été volé par un de ses chauffeurs. Ce dernier avait fait fabriquer des doubles des clefs de l'automobile avant de la remettre, puis il avait dérobé l'engin après son travail. Peut-on sérieusement soutenir que le commettant avait un intérêt potentiel dans l'acte du préposé lorsqu'ayant garé la voiture, il s'était fait faire les clefs? Ne peut-on voir ici un exemple d'un délit commis "à l'occasion" des fonctions? Même si le chauffeur était sur la route qui le menait au bureau où il devait rendre le bien et si conduire constituait précisément ses fonctions, il nous semble que l'on atteint ici la limite d'application de la notion d'intérêt. La situation aurait-elle été différente s'il avait donné les clefs à un complice pour qu'il les fasse faire à sa place?

La situation est semblable aux affaires de vols de l'employé de C.P.R.²⁹⁵. Certaines décisions de la Cour d'appel dans cette histoire avaient retenu la responsabilité des mandants parce que les vols n'avaient pas pu avoir lieu autrement qu'en utilisant la fonction à cette fin²⁹⁶. Mais le juge Mignault, en Cour suprême, a pour sa part décidé, et la Cour avec lui, que le mandant devait être exonéré car, que l'employé ait été complice ou non, il n'était pas dans le domaine de son mandat de prêter le véhicule²⁹⁷. S'il le faisait, l'acte était posé à son propre compte. Il nous semble très difficile de justifier par la notion d'intérêt conjoint un tel type de situations²⁹⁸.

294. *Fidelity Insurance Co. of Canada v. Montreal Drive Away Service Co.*, [1975] C.P. 244.

295. Arrêts précités, *supra*, note 187.

296. Voir *Gardner et al. v. Dominion Transport Co.*, *id.*, p. 417; voir en ce sens, MASSE, *loc. cit.*, note 3, p. 635.

297. Voir *Dominion Transport Co. v. Mark Fisher, Sons & Co.*, [1925] R.C.S. 126, 135-6. Voir la critique de MASSE, *id.*, pp. 632-635.

298. Se rapprochent de cette situation: le cas de l'agent à commission qui vend une automobile et disparaît avec la moitié du prix déposé en acompte (*Begnoche v. Robidoux*, [1956] R.L. 557 (C.S.)); ou celui de l'avocat auquel le client confie de l'argent pour que celui-ci règle les frais de l'huissier saisissant et qui le garde pour lui (*Picard v. Laliberté*, (1936) 74 C.S. 280); ou encore celui de l'employé du détective privé qui, sous prétexte de difficultés fictives dans l'accomplissement de son enquête, soutire de l'argent au client (*Schonberg v. Étherige*, [1957] C.S. 319).

Pourtant, il ne saurait être question de libérer la compagnie dans ces conditions parce que cette attitude signifierait la ruine de ce commerce. Personne ne songerait à confier son véhicule à une entreprise telle que Montreal Drive Away Service s'il était certain que celle-ci ne garantissait pas la fiabilité de ses chauffeurs²⁹⁹ d'une façon totale quant à leur honnêteté (c'est alors une question de responsabilité quasi-délictuelle du fait d'autrui). La solution est d'obliger de telles compagnies à s'assurer en les rendant responsables.

Conclusion

En conclusion, que peut-on dire du critère de l'intérêt et du bénéfice? Lorsqu'il y a intérêt exclusif de l'une des parties, ce critère permet de séparer objectivement les situations qui sont des négligences dans l'exécution des fonctions, de celles qui sont des actes accomplis seulement à l'occasion de la fonction. S'il y a *bénéfice exclusif du commettant* ou du mandant, l'acte s'intègre à l'accomplissement des fonctions, même si le mandataire a dépassé le cadre de ce que le mandant avait conclu avec lui. On est alors dans le domaine du "*mauvais exercice*" de pouvoirs existants³⁰⁰. Si l'acte est au *bénéfice exclusif du préposé*, il y a *inexistence absolue de pouvoir*, au sens de l'expression de M. Fabien³⁰¹ et l'acte est seulement accompli "à l'occasion de la fonction".

Lorsqu'il y a *bénéfice conjoint*, la question est plus difficile: on est à la limite du mauvais exercice de pouvoirs existants. Si le bénéfice conjoint du mandant est suffisamment important, on tombe dans le *mauvais exercice*, mais s'il n'est que très périphérique, l'acte ne sera pas intégré à l'exercice, il ne sera accompli qu'à l'occasion de la fonction: il s'agira d'une inexistence relative de pouvoirs³⁰². Pour les cas où l'intérêt ou le bénéfice conjoint existe *concrètement*, la solution s'explique "de soi-même", dans la mesure évidemment où l'on accepte de rendre le mandant responsable quasi-délictuellement d'un nombre plus important d'ac-

299. Voir en ce sens MASSE, *loc. cit.*, note 3, pp. 638-639.

300. Voir FABIEN, *loc. cit.*, note 5. Voir par exemple *Dubuc v. Trottier*, (1901) 19 C.S. 202.

301. *Id.*, p. 70.

302. *Ibid.*

tes que celui dont il aurait à répondre sur le terrain contractuel, c'est-à-dire "dans les limites du mandat", au sens de l'article 1727. Lorsque les juges tirent l'existence de cet intérêt conjoint d'un raisonnement *abstrait*, c'est-à-dire quand l'intérêt *aurait dû normalement* être présent dans la situation d'espèce, ou quand il a un rapport trop indirect avec le but de l'acte, l'utilisation de la notion d'intérêt conjoint est critiquable.

Cependant, il faut y voir un effort jurisprudentiel en vue de dépasser le stade descriptif de l'énumération des fonctions, nécessairement subjectif, dans le cas où de toutes façons l'agent n'a pas fait ce qu'il devait selon le mandat. On obtient un critère plus objectif, certainement bénéfique aux tiers. Il ne faut pas perdre de vue, de plus, que l'on recherche, dans cette notion d'intérêt conjoint, un lien de causalité. Ceci comporte obligatoirement un élément de raisonnement abstrait: on ne cherche pas la cause directe, unique, du dommage, mais une "relation causale"³⁰³ entre celui-ci et l'exercice de la fonction.

Or ce critère permet d'intégrer à l'exercice de la fonction l'usage de toute facilité, si celui-ci est orienté (d'une manière "conjointe") vers un but fonctionnel, tout en l'excluant, s'il n'est employé, conjointement avec un but personnel, que d'une façon très indirecte avec la fonction. La notion d'intérêt et de bénéfice est donc un progrès par rapport à l'analyse descriptive des différentes situations.

Section II - L'accomplissement de l'acte "dans l'exécution" des fonctions dans le Projet du Code civil

Le Comité sur le contrat de mandat a décidé³⁰⁴ qu'il était "normal" que le mandant réponde de la faute quasi-délictuelle du mandataire, "étant entendu" qu'elle doit avoir été accomplie dans l'exécution de ses fonctions et non simplement "à l'occasion" de celles-ci. C'est en quelque sorte sur cette position, qui semble très claire, que le Comité se replie sans avoir nettement justifié le maintien du principe de cette responsabilité. Par conséquent, on doit admettre, en prenant connaissance de la note explicative³⁰⁵ du Projet que cette distinction est fondamentale

303. Voir BAUDOUIN, *op. cit.*, note 17, n. 577.

304. O.R.C.C., *Rapport sur le contrat de mandat*, XVI, Montréal, 1971, article 35, (doc. P/D/1).

305. *Id.*, doc. P/D/1, commentaire, p. 36.

pour son application. On s'attendrait donc à trouver quelques directives indiquant que le Comité rejette dans le domaine du mandat les tendances jurisprudentielles existantes en matière de responsabilité du commettant. Celles-ci en effet bousculent ses limites bien au-delà de l'exécution normale des fonctions du mandataire, incluant comme chefs de réparation les "abus de fonctions" commis en désobéissant aux instructions, en exécutant les tâches d'une manière différente de celle prescrite, donnant éventuellement l'occasion à des poursuites à partir du moment où l'acte était potentiellement accompli au bénéfice conjoint du commettant. On est même allé jusqu'à faire réparer par le commettant le dommage causé par le caractère du préposé³⁰⁶ comme un acte de violence voulu, un vol, un abus de confiance. Le Comité, qui a rejeté toute référence à l'article 1054, estimait-il que l'article du Projet correspondant à l'article 1731 C.c. couvrirait aussi ces situations? Sinon, il devenait indispensable, pour prévenir les juges de ne pas transposer les distinctions retenues pour l'article 1054, de leur donner au moins de nouvelles directives.

Or la réaction du Comité a été quelque peu décevante. Les membres favorables au nouvel article ont honnêtement reconnu qu'il existait un problème, mais le rapport conclut sobrement à ce sujet³⁰⁷:

"Cette question délicate devra être laissée à l'appréciation du tribunal, étant entendu que seul l'acte dommageable dans l'exécution du mandat..."

Il est plus que probable que les juges se laisseront alors aller à transposer la jurisprudence en matière de responsabilité du commettant, malgré l'absence de référence à l'article 1054. C'est ce qui a attiré le commentaire, très justifié, de la Commission de législation de la Chambre des notaires du Québec³⁰⁸:

"Qu'entend-on par "exécution du mandat"? Où se situe cette exécution? À partir du moment où le mandataire est doté de son mandat jusqu'à l'accomplissement de celui-ci ou uniquement au moment où il accomplit l'acte juridique. Les notes explicatives sont claires: on ne veut pas rendre le mandant responsable [...] à l'occasion de la gestion du mandat. Il faudrait traduire cette volonté dans le texte de loi même afin d'éviter encore une fois des querelles qui n'ont plus de fin".

306. Voir MASSE, *loc. cit.*, note 3, pp. 629 et s.

307. O.R.C.C., *Procès verbal* de la 8^e réunion du Comité, doc. P/A/8, p. 5.

308. Commission de législation de la Chambre de Notaires du Québec, O.R.C.C., doc. n° P/L/26, p. 7.

D'ailleurs le Comité a reconnu que l'article du Projet n'était pas encore assez "mûr", puisque le rapport de la dernière réunion du Comité, où il a été discuté, conclut³⁰⁹:

"La question de la responsabilité du mandant telle qu'édictée par l'article 35 semble devoir être remise en question".

Que la "solution" du Projet d'article du Comité doive être remise en question, telle est bien notre opinion. Mais, alors que selon certains³¹⁰, cette remise en question devrait plutôt porter sur son abrogation, nous estimons au contraire qu'il faut maintenir le principe de la responsabilité quasi-délictuelle du mandant pour la faute du mandataire, comme le fait le Projet, sans chercher d'ailleurs un fondement théorique unique à cette position. Mieux vaut une meilleure solution, ayant un fondement théorique hybride, qu'une théorie parfaite ne rencontrant pas les besoins de la réalité.

La solution du Projet doit être examinée dans deux situations afin de se rendre compte des transformations jurisprudentielles qu'elle amèneraient.

S'il existe un lien de préposition, rien n'empêchera le juge d'appliquer l'article 1054, de toutes façons, si l'acte est accompli dans l'exécution des fonctions selon la jurisprudence relative à cet article. S'il n'existe pas de lien de préposition, il sera alors impossible de faire intervenir l'article 1054 alinéa 7. Or, c'est justement *ce que la jurisprudence avait admis jusque là*, puisqu'elle se contentait dans la majorité des cas de l'existence d'un mandat.

Par conséquent, on risque d'aboutir, en supprimant la référence à l'article 1054, au résultat *contraire* à celui recherché: on va *diminuer* le nombre de cas où la jurisprudence appliquait la responsabilité quasi-délictuelle du fait d'autrui au mandat. De plus, toujours dans le cas d'absence de lien de préposition, on sera mené par le texte proposé par l'O.R.C.C. à la condition limite unique: l'exécution du mandat. Nous avons vu, et la Com-

309. O.R.C.C. *Procès verbal* de la 17^e réunion (16 mai 1972), doc. P/A/17.

310. Voir O.R.C.C., doc. P/L/4 (M. Smith), p. 4, et doc. P/L/17, p. 6 (R. Savatier). Cet auteur "hésite à généraliser l'idée que le mandant serait responsable en vertu de l'idée que le mandataire doit être assimilé à un préposé du mandant [...]. Si un mandat [...] est donné [...] à un mandataire indépendant et spécialisé, il [...] paraît injuste de rendre le mandant responsable de toutes les fautes qu'il peut commettre en exécutant son mandat".

mission de législation de la Chambre des notaires admet³¹¹, que cette expression n'a aucune valeur de critère lorsqu'il s'agit de la responsabilité quasi-délictuelle. Dans certains cas, notamment les vols commis par des mandataires³¹², il est impossible de séparer l'acte du mandat. Pourtant il s'agit bien de quasi-délits qui ne sont accomplis qu'"à l'occasion" des fonctions des mandataires.

Quand le juge Mignault³¹³ décide que Jutras n'engage pas la responsabilité de Dominion Transport parce qu'il n'avait pas le droit de prêter son véhicule, il s'agit tout simplement d'une expression de volonté de maintenir cette responsabilité quasi-délictuelle dans les limites du mandat. Quand le juge Rivard³¹⁴ estime au contraire que sans le véhicule, sans la complicité de Jutras, active ou passive, le vol n'aurait pas pu être commis, en fait, il admet que la responsabilité quasi-délictuelle dépasse les limites du mandat. En bref, l'expression "à l'occasion des fonctions" comme celle de l'accomplissement de l'acte "dans l'exécution des fonctions" ne sont que des *descriptions a posteriori* du jugement rendu dans un sens ou dans l'autre.

Les querelles dont il est question en ce domaine se résument simplement à la question que chaque juge se posera: "dois-je tenir le mandant responsable de ce quasi-délit?" Si tel juge est favorable à l'établissement d'une telle responsabilité de principe, il estimera que la faute appartenait à l'exécution des fonctions. Il n'existe finalement *aucune* querelle *juridique* en la matière: la jurisprudence sur ce point est une collection d'opinions intimes. Les divergences ne concernent que l'*appréciation des faits* puisqu'il n'y a pas de critère sur l'application duquel on pourrait s'opposer.

L'article proposé dans le Projet de Code civil prolonge cette regrettable situation de deux manières. En reprenant expressément la notion d'exécution du mandat, il réintroduit en matière délictuelle le débat fantômatique relatif aux termes "dans l'exécution ...". En évitant de préciser ce qu'est l'exécution et ce qui n'en fait pas partie (toujours en matière quasi-délictuelle) l'article du Projet force les juges à considérer qu'il ne s'agit pas d'une question juridique mais d'une question de fait. On ouvre alors la fenêtre

311. Voir *supra*, note 308.

312. Voir la jurisprudence citée sous la note 187.

313. *Dominion Transport Co. v. Mark Fisher, Sons & Co.*, [1925] R.C.S. 126, 135.

314. *Gardner et al. v. Dominion Transport Co.*, (1924) 36 B.R. 414, 417.

à l'article 1054 alinéa 7 qu'on avait chassé par la porte: les juges transposeront purement et simplement les solutions admises entre commettants et préposés.

CONCLUSION ET PROPOSITION

Si l'on veut réellement limiter la responsabilité du mandant aux seuls quasi-délits résultant de gestes matériels ayant un lien direct avec les actes juridiques que le mandataire avait pour mission d'accomplir³¹⁵, il faut clarifier et préciser la formule vague de l'"exécution des fonctions", sans transposer la jurisprudence relative à l'article 1054 C.c.

Il faut alors évaluer les propositions du professeur Masse³¹⁶ relatives à la détermination de l'abus des fonctions du commettant ou du mandataire. Comme il a été dit plus haut³¹⁷, l'auteur a distingué deux types de fautes entrant dans cette catégorie. Le premier type comprend "l'abus de fonctions proprement dit": le mandataire a transformé sa mission soit quant à l'horaire, soit quant au lieu, ou encore en se chargeant de tâches accessoires ou de "remplacement". S'il poursuivait quand même l'intérêt exclusif ou conjoint du mandant, celui-ci sera déclaré responsable de ces déformations, bien que les limites contractuelles du mandant aient été dépassées. Pour les fins de la responsabilité quasi-délictuelle, l'acte sera encore "dans l'exécution des fonctions".

Dans le second type de faute, le professeur Masse, afin de rationaliser la jurisprudence sur l'intérêt conjoint, propose de réunir les espèces où l'acte du préposé relève d'un "vice de comportement" propre à sa personnalité³¹⁸. Y entrent les cas d'agression, comme celles des affaires *Franck de Rice*³¹⁹ et *Vaillancourt*³²⁰, ainsi que les vols ou malversations de toutes sortes dans l'exécution de la tâche ou du mandat, comme les escroqueries

315. Voir FABIEN, *loc. cit.*, note 5, p. 82.

316. MASSE, *loc. cit.*, note 3.

317. Voir texte, *supra*. Partie II, Section II, par. 1.

318. MASSE, *loc. cit.*, note 3, pp. 628 et s.

319. (1939) 67 B.R. 563.

320. [1923] R.C.S. 414.

du type de celles de *Schonberg v. Étherige*³²¹. Ce sont en effet les cas les plus difficiles à résoudre: l'intérêt conjoint pourrait être recherché abstraitement, d'une façon "générale", bien qu'en réalité le mandant n'a pas pu profiter du vice de comportement. Selon l'auteur, qui se fonde principalement sur l'affaire *Vaillancourt* et sur l'ensemble des espèces ayant donné lieu à l'arrêt *Dominion Transport Co. v. Fisher*³²², il existe un courant jurisprudentiel favorable à la responsabilité du commettant pour le cas du "vice de personnalité" du préposé³²³, ainsi qu'un courant minoritaire défavorable, comprenant notamment l'affaire *Franck de Rice Ltée*³²⁴.

L'auteur soutient que le commettant ou le mandant doit garantir aux tiers que le préposé ou le mandataire "respectera leurs biens, leur intégrité morale et physique"³²⁵. En effet, et ceci est essentiel pour le mandat, la personnalité du mandataire est déterminante pour l'exécution de la fonction. Le mandat est un contrat *intuitu personae*. L'adéquation de la personne du mandataire, ainsi que l'étendue de son activité sont la mesure du risque économique pris par le mandant: il est juste qu'il en réponde.

Si le principe de cette responsabilité est bien accepté³²⁶, encore faut-il déterminer ses limites, à moins de rendre le mandant "garant" de n'importe quelle impulsion passant par la tête du préposé "à l'occasion" de ses fonctions.

C'est pourquoi M. Masse transpose la condition d'exécution de l'acte "dans les fonctions", sur le terrain des vices de caractère. Selon l'auteur, que nous approuvons, il doit exister un "*lien de nécessité*" (ici le terme est plus fort que la simple "causalité", ce qui est normal puisque l'on se trouve dans une situation exceptionnelle) entre la fonction et la relation avec la victime³²⁷ et c'est, selon lui:

"Chaque fois que le préposé a dû entrer en relation avec la victime pour les fins de la conduite des affaires du commettant [que] ce dernier sera

321. [1957] C.S. 319

322. [1925] R.C.S. 126.

323. MASSE, *loc. cit.*, note 3, pp. 629 et s.

324. *Id.*, pp. 636 et s.

325. *Id.*, p. 639.

326. O.R.C.C., précité, *supra*, note 14.

327. *Loc. cit.*, note 204, p. 639.

responsable des dommages causés par les vices de personnalité de l'exécutant"³²⁸.

Peut-on accepter la proposition qu'alors ces quasi-délits résultaient de gestes matériels ayant un "lien direct" avec les actes juridiques que le mandataire avait pour fonction d'accomplir?

Le cas du vice de personnalité du mandataire paraît constituer un critère convenant bien au contrat de mandat, puisque le mandataire a normalement pour tâche d'entrer en relation avec des tiers. Toutefois le critère de nécessité pourrait entraîner des divergences d'opinions. Il semble cependant que le juge soit à même de l'appliquer: dans la plupart des cas le mandataire approche des tiers susceptibles, en raison de certaines qualités intrinsèques (qui déterminent justement l'approche du premier) d'entrer en relation juridique avec le mandant. Si le tiers qui a subi le préjudice ne présentait évidemment aucun de ces caractères, il n'existera pas de lien de nécessité: le mandant sera dégagé de responsabilité. S'il était un co-contractant potentiel il faudrait considérer la nécessité d'une façon abstraite, objective, sinon le mandant ne sera jamais responsable.

La proposition relative au premier type de faute est plus discutable. La recherche d'un bénéfice potentiel pour le mandant de la part du mandataire suffit-elle à créer le lien direct entre le geste matériel et l'acte juridique que le mandataire avait pour mission d'accomplir, si ce faisant celui-ci a transformé sa fonction, ou accomplissait une tâche accessoire?

Il faut étudier cas par cas les différentes circonstances de modifications des fonctions, en excluant les vices de caractère du mandataire (comme les violences, fraudes, dol et tous les crimes, vols ou escroqueries) qui relèvent d'un régime relativement distinct. Il reste toutes les désobéissances de caractère moins grave.

Que décider lorsque le mandataire a accompli sa fonction d'une manière différente de celle qui lui était assignée?

Il poursuivait l'intérêt du mandant s'il ne cherchait pas à accomplir autre chose que ce qui était l'objet du mandat: celui-ci sera responsable selon le critère de M. Masse. S'il accomplissait autre chose, le contenu du mandat est dépassé: c'est la limite de la responsabilité contractuelle et quasi-délictuelle. Si le mandataire transforme le moment de l'exécution de sa fonction, il

328. *Ibid.*

sera en général en dehors de la durée de celui-ci: ainsi s'il vend un immeuble après l'expiration du délai donné par le mandant, il n'aura pas droit à une commission parce que le mandat était terminé. Sur le terrain quasi-délictuel, au moment de l'exécution des fonctions il n'était plus mandataire, donc le mandant ne pourrait être poursuivi qu'en vertu de l'article 1054 et non selon l'article 1731 (ni selon son successeur). Il s'agit alors d'une question de contenu du mandat. Si le contrat était plus précis et déterminait un horaire relatif à l'exécution des fonctions à l'intérieur d'un certain délai, la violation de celui-ci ne saurait faire sortir le mandataire de l'exécution du mandat aux fins de la responsabilité quasi-délictuelle, s'il poursuivait encore le bénéficiaire du mandant.

Pour le lieu de travail, la même distinction se retrouve. Si le contenu du mandat comprenait un cadre géographique à l'exécution de la fonction, ce qui est le cas des distributeurs exclusifs par exemple, et que cette limite est violée, le mandataire quitte sa qualité. S'il poursuivait quand même le bénéficiaire du mandant, il rend ce dernier responsable de sa faute sur le terrain de la responsabilité des commettants. En ce cas, M. Fabien estime que le mandant en tant que tel ne sera pas responsable: il s'agit d'une "inexistence relative" de pouvoir.

Lorsque le mandataire accomplit des actes qui complètent sa fonction, il seront accessoires, ou pourront s'inférer du mandat: le mandataire ne sera pas à l'extérieur du contenu de celui-ci.

S'il s'agit d'une prolongation de ses fonctions, il en sera de même dans les cas prévus au chapitre sur le mandat, par exemple en cas de décès du mandant, lorsqu'il y a urgence etc. Si au contraire le mandataire accomplit un acte non accessoire à sa fonction, et qui ne pourrait s'en inférer, il est clairement en dehors du contenu du mandat: le mandant ne devrait pas être rendu quasi-délictuellement responsable, même si le mandataire cherchait l'intérêt de son mandant. En tout cas, ce dernier en cette qualité ne devrait pas réparer le dommage, sauf s'il est aussi commettant. Pour M. Fabien, il s'agirait toujours d'une inexistence relative de pouvoirs.

De ceci il apparaît que la recherche de l'intérêt et du bénéfice du mandant est utile pour déterminer si la modification de la manière d'exécuter le mandat maintient l'acte dans l'exécution des fonctions³²⁹. Mais ce critère doit se plier, dans le domaine

329. Voir aussi *Dubuc v. Trottier*, (1901) 19 C.S. 202.

du mandat, à la recherche du contenu de celui-ci (recherche à laquelle il peut d'ailleurs participer). L'intérêt ou le bénéfice de l'acte n'est pas déterminant de ce qui entraîne la responsabilité quasi-délictuelle du mandant lorsque la modification de la fonction atteint le contenu même du mandat.

On pourrait alors proposer provisoirement la rédaction suivante:

"Le mandant est quasi-délictuellement responsable de la faute du mandataire relative à la mise en oeuvre du mandat mais non de celle modifiant son contenu".

On rejoint ainsi la distinction "claire et concise" du juge Rinfret en Cour suprême, dans *Moreau v. Labelle*³³⁰ entre la transgression d'ordres relatifs, soit à la conduite du mandataire à l'intérieur de la sphère de ses fonctions, entraînant la responsabilité du mandant, soit aux limites de cette sphère, laissant seul le mandataire devant la réparation du dommage.

La *mise en oeuvre* du mandat inclut les vices de caractère du mandataire dont le mandant doit répondre, ainsi que les déformations de sa tâche qui n'affectent pas sa substance.

Si le *contenu* du mandat est dépassé, il ne nous semble équitable de conserver la responsabilité du mandant, si *l'acte a conservé pour lui un intérêt potentiel*, qu'en ajoutant une condition de contrôle propre à la matière du mandat. On pourrait généraliser dans ce cas à ce contrat la notion élargie de contrôle existant dans la jurisprudence³³¹, qui ne porte que sur l'"encadrement des fonctions". L'alinéa premier de l'article 1054 C.c. pourrait être son fondement³³² éventuel sans que l'on soit obligé de faire appel au concept du préposé, mis en cause par la doctrine³³³, ignoré pratiquement par la jurisprudence³³⁴ et abandonné

330. Citant *Plump v. Cobden Flour Mills Co.* ([1914] A.C. 62), dans *Moreau v. Labelle*, [1933] R.C.S. 201.

331. Voir, *supra*, par. 1, C.

332. "[Toute personne] est responsable non seulement du dommage qu'elle cause par sa propre faute, mais encore de celui causé par la faute de ceux dont elle a le contrôle...". Voir dans le sens de l'autonomie de cet alinéa: *Laverdure v. Bélanger*, [1975] C.S. 612, conf. par C.A. Montréal, no 500-09-000116-756.

333. Voir FABIEN, *loc. cit.*, note 5.

334. Voir *supra*, Partie II, section I, par. 2. Voir par exemple: *Sunrise Industries (Mtl.) Ltée v. Fournier*, [1966] R.L. 60 (C.S. Sherbrooke). Voir aussi, plus ambigu: *Dubuc v. Trottier*, (1901) 19 C.S. 202.

par le Projet de Code civil³³⁵. Si l'on décide d'inclure au nouveau texte une référence expresse à l'article 1054 alinéa 1 C.c., on change cependant de régime de responsabilité. On passe, en effet, d'une présomption de responsabilité, apparemment jugée nécessaire par le Comité sur le contrat de mandat, à une présomption de faute. Donc lorsque le contenu du mandat aura été dépassé, le mandant pourra dégager sa responsabilité en prouvant l'absence de faute personnelle, même si l'acte avait conservé un intérêt potentiel pour lui et même s'il contrôlait effectivement le mandataire.

Au contraire, en excluant toute référence à l'article 1054 alinéa 1 C.c., on préserve la présomption de responsabilité du mandant, en l'obligeant à recourir à l'assurance.

Si l'on admet le critère du lien de nécessité proposé par M. Masse, la situation des tiers totalement étrangers au mandat serait alors différente des tiers potentiellement liés au mandant. En effet, s'il s'agit d'un vice de caractère du mandataire, il n'existera pas de lien de nécessité entre le dommage et la relation avec le tiers "étranger". S'il s'agit d'une déformation de la fonction, il n'y aura sans doute pas d'intérêt et de bénéfice dans l'acte qui a entraîné le dommage vis-à-vis du même tiers, puisque le mandat était donné dans le but d'accomplir une affaire juridique envers certains tiers.

Les tiers potentiellement liés au mandant seront alors normalement sujets au nouvel article 1731 C.c. (ainsi qu'à l'article 1054-1 C.c. si l'on développe une notion de contrôle propre au mandat dans le cas spécial de faute modifiant le contenu de celui-ci).

Pour leur part, les tiers "étrangers" à ce contrat ne pourront fonder leurs prétentions que sur l'article 1054 C.c. alinéa 7, c'est-à-dire si le mandataire était aussi préposé.

On aura alors attribué à chacun des articles une fonction spécifique, en se conformant ainsi à la règle d'interprétation citée de l'"effet utile"³³⁶.

Finalement, la disposition destinée à succéder à l'article 1731 C.c. pourrait s'inspirer du texte suivant:

"Le mandant est quasi-délictuellement responsable de la faute du mandataire relative à la mise en oeuvre du mandat, mais non de celle modi-

335. Article précité, *supra*, note 14.

336. Voir CÔTÉ, *loc. cit.*, note 105, pp. 229-230.

fiant son contenu, sauf dans ce dernier cas, si l'acte dommageable conservait un intérêt plausible pour le mandant, et que celui-ci exerçait un contrôle effectif sur l'activité du mandataire”.