

UNE THÉORIE DE LA RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI

J.W. NEYERS*

This article proposes a theory of vicarious liability which attempts to explain the central features and limitations of the doctrine. The main premise of the article is that the common law should continue to impose vicarious liability because it can co-exist with the current tort law regime that imposes liability for fault. The author lays out the central features of the doctrine of vicarious liability and examines why the leading rationales (such as control, compensation, deterrence, loss-spreading, enterprise liability and mixed policy) fail to explain or account for its doctrinal rules.

*The author offers an indemnity theory for vicarious liability and examines why the current rules of vicarious liability are limited in application to employer-employee relationships and do not extend further. It is proposed that the solution to the puzzle of vicarious liability rests within the contractual relationship between employer-employee and not the relationship between the employer and the tort victim. The proposed indemnity theory implies a contract term that indemnifies the employee for harms suffered in the course of his or her employment. Vicarious liability then follows from an application of the contractual concepts of subrogation and indemnity to the particular relationship between employee, employer and tort victim. Finally, the article discusses and attempts to resolve the possible criticisms that may follow the indemnity theory, including concerns that it is in conflict with leading decisions, including *Lister v. Romford*, *Bazley v. Curry* and *Morgans v. Launchbury*.*

Cet article propose une théorie de la responsabilité du fait d'autrui qui essaie d'expliquer les caractéristiques et les limitations centrales de la doctrine. La principale prémisse de cet article est que la « common law » doit continuer à imposer la responsabilité du fait d'autrui parce qu'elle peut coexister avec le régime actuel de la responsabilité délictuelle qui impose la responsabilité pour faute. L'auteur énonce les caractéristiques centrales de la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui et examine les raisons pour lesquelles les principaux motifs (comme le contrôle, l'indemnisation, la dissuasion, l'étalement des pertes, la responsabilité d'entreprise et la police mixte) ne peuvent ni expliquer ni justifier les règles de cette doctrine.

*L'auteur propose une théorie des indemnités pour la responsabilité du fait d'autrui, et examine pourquoi les règles actuelles de cette responsabilité se limitent, dans leur exécution, aux relations employeur-employé, sans aller au-delà. On suggère que la solution à ce problème réside dans les relations contractuelles entre employeur et employé et non pas dans la relation qui existe entre l'employé et la victime de la faute. La théorie des indemnités suggérée implique une condition contractuelle qui indemniserait l'employé des torts subis pendant la durée de son emploi. La responsabilité du fait d'autrui découlerait alors de l'exécution de concepts contractuels, à savoir la subrogation et l'indemnité à l'égard de la relation spécifique entre l'employé, l'employeur et la victime de la faute. Enfin, l'article étudie et cherche à régler la critique éventuelle qui peut faire suite à la théorie des indemnités, incluant les préoccupations à l'effet qu'elle est en conflit avec les principales décisions, incluant *Lister c. Romford*, *Bazley c. Curry* et *Morgans c. Launchbury*.*

*Professeur adjoint de droit, Université Western Ontario. Une version antérieure de cet article a été présentée à la section Droit de la responsabilité civile délictuelle de la conférence SLS 2004 à Sheffield. L'auteur tient à remercier les participants à cette section pour leurs questions et suggestions utiles. L'auteur tient également à remercier Vaughan Black, Rande Kostal, John Murphy, Stephen Pitel, Eoin Quill, Lionel Smith et Robert Stevens pour leurs commentaires sur les versions antérieures de cet article. La mise en garde habituelle s'applique.

TABLE DES MATIÈRES

I.	LA DOCTRINE DE LA RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI.....	290
II.	L'ÉCHEC DES RAISONNEMENTS PROPOSÉS POUR EXPLIQUER LA DOCTRINE.....	292
A.	CONTRÔLE	292
B.	DÉDOMMAGEMENT/BOURSE BIEN GARNIE.....	293
C.	DISSUASION	294
D.	ÉTALEMENT DES PERTES	297
E.	RESPONSABILITÉ D'ENTREPRISE	298
F.	POLITIQUE MIXTE	300
III.	EXPLICATION DE LA RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI.....	302
IV.	OBJECTIONS POSSIBLES À LA THÉORIE.....	305
A.	CONFLIT AVEC L'ARRÊT <i>LISTER V ROMFORD</i>	305
B.	LA RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI EN TANT QUE RÈGLE DE DROIT.....	312
C.	DÉLITS CIVILS INTENTIONNELS ENTACHÉS DE MAUVAISE FOI	314
D.	DÉLÉGATION OCCASIONNELLE	321
V.	CONCLUSION	325

La responsabilité du fait d'autrui occupe une place mystérieuse en common law. Notre système de transgressions repose sur la faute, considérée comme justifiant la mobilisation de l'appareil de l'État contre les biens d'une personne au profit d'une autre¹. Pourtant, malgré cette conception générale, le droit reconnaît depuis des siècles que, dans certaines circonstances, une personne peut être responsable du fait d'autrui pour la faute commise par un tiers². Plutôt que d'exciser cette anomalie dans sa marche vers la modernité, comme certains l'avaient préconisé³, la common law a continué à développer la responsabilité du fait d'autrui et à s'y appuyer à tel point qu'il est désormais généralement tenu pour acquis que toute théorie complète du droit de la responsabilité civile délictuelle doit être en mesure d'expliquer sa présence⁴. Il est intéressant de noter que ce consensus s'est dégagé malgré l'absence d'une théorie globalisante de la responsabilité du fait d'autrui, c'est-à-dire une théorie qui explique effectivement les caractéristiques centrales et les limites de cette doctrine⁵.

Le présent article vise à dissiper le mystère de la responsabilité du fait d'autrui en proposant précisément une telle explication globalisante de la doctrine. L'article sera structuré en quatre parties. La partie I exposera les caractéristiques centrales de la responsabilité du fait d'autrui qui devront être expliquées. Ensuite, la partie II montrera pourquoi les principaux arguments justificatifs ne parviennent pas à expliquer convenablement ces règles. La partie III va ensuite proposer une théorie de la responsabilité du fait d'autrui et démontrer qu'elle peut expliquer ces limites doctrinales⁶. Enfin, la partie IV analysera les critiques susceptibles d'être formulées à

¹ Voir, par exemple, OW Holmes, « Agency » (1890-91) 4 Harv L Rev 345; (1891-92) 5 Harv L Rev 1 à la p 14 : [TRADUCTION] « Je suppose que le bon sens s'oppose à ce qu'on impute à un homme l'obligation de payer pour la transgression d'autrui, à moins qu'il n'ait, au vu des principes ordinaires de la responsabilité juridique, effectivement commis cette transgression. » Voir également Frederic Cunningham, « Respondeat Superior in Admiralty » (1905-06) 19 Harv L Rev 445 à la p 445 : [TRADUCTION] « Il semble évident qu'il n'y a guère d'injustice plus grande que de prendre les biens de A pour les donner à B parce que C a causé un préjudice à B, mais c'est pourtant le résultat de la maxime *respondeat superior*. »

² Voir l'analyse des différents systèmes juridiques de common law et de droit civil dans *Lewis v The Salisbury Gold Mining Co* (1894), 1 OR 1 (S Afr HC) à la p 20.

³ Voir, par exemple, T Baty, *Vicarious liability: A Short History of the Liability of Employees, Principals, Partners, Associations and Trade-Union Members*, Oxford, Clarendon Press, 1916.

⁴ Voir Gary T Schwartz, « The Hidden and Fundamental Issue of Employer Vicarious Liability » (1996) 69 S Cal L Rev 1739 à la p 1745 : [TRADUCTION] « [I]l existe désormais un consensus parmi [...] les spécialistes du droit de la responsabilité civile délictuelle selon lequel la responsabilité du fait d'autrui constitue un élément essentiel du système de responsabilité civile délictuelle. Toute idée visant à abolir la responsabilité du fait d'autrui nous semblerait absurde, inconcevable. » Pour un point de vue semblable, voir WVH Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 16^e éd, London, Sweet & Maxwell, 2002 à la p 704 [Rogers, *Winfield and Jolowicz*] : [TRADUCTION] « Il est inconcevable qu'une proposition sérieuse visant à abolir la responsabilité du fait d'autrui puisse voir le jour tant que le droit de la responsabilité civile délictuelle, tel que nous le connaissons, continue d'exister »; Lewis N Klar, *Tort Law*, 3^e éd, Toronto, Thomson Carswell, 2003 [Klar, *Tort Law*] à la p 582 : [TRADUCTION] « Malgré ses carences, la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui est fermement ancrée dans [...] le droit de la responsabilité civile délictuelle. »

⁵ Voir *New South Wales v Lepore* (2003), 195 ALR 412, [2003] HCA 4 au para 106, juge Gaudron [*Lepore*]

[TRADUCTION]

L'absence d'un fondement jurisprudentiel satisfaisant et exhaustif pour imputer à une personne la responsabilité pour les actes ou omissions préjudiciables d'autrui – ce qu'on appelle la responsabilité du fait d'autrui – est une question qui a suscité beaucoup de commentaires. [...] En outre, il se peut que le fait de n'avoir pas pu cerner un fondement jurisprudentiel pour l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui ait donné lieu à des décisions difficilement conciliables avec les principes juridiques fondamentaux. »

Voir également les observations de la majorité dans *Hollis v Vabu Pty Ltd* (2001), 207 CLR 21, [2001] HCA 44 au para 35 [*Vabu*], selon lesquelles [TRADUCTION] « [une] justification tout à fait satisfaisante pour l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui [...] a tardé à émerger ».

⁶ Par souci de clarté, la théorie qui sera présentée n'a pas d'assise historique puisque, comme le souligne lord Clyde : [TRADUCTION] « Il n'est pas utile d'explorer les origines historiques de la responsabilité du fait d'autrui d'un employeur dans l'espoir de découvrir des indications dans les principes de son application moderne » (*Lister v Hesley Hall*, [2002] 1 AC 215, [2001] UKHL 22 au para 34 [*Lister v Hesley Hall*]). Ma thèse ne repose pas non plus sur la démonstration de l'existence d'une vaste collusion entre des centaines de juges, étalée sur plusieurs siècles, visant à appliquer secrètement la théorie proposée tout en articulant publiquement des justifications différentes. Elle soutiendra au contraire que, bien que les juges ne se soient pas entendus sur leurs motifs justifiant

l'encontre de la théorie proposée. Pour conclure, l'article soutiendra que la common law a eu raison de retenir la responsabilité du fait d'autrui malgré les critiques qu'elle suscite, car cette doctrine peut parfaitement coexister avec un régime qui impose la responsabilité pour faute.

I. LA DOCTRINE DE LA RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI

La responsabilité du fait d'autrui est la responsabilité imputée à une personne (B) pour les délits civils commis par un tiers (A) dans des circonstances où B n'a commis aucune transgression du droit positif⁷. Bien que les origines historiques ou jurisprudentielles de cette responsabilité ne soient pas parfaitement claires⁸, elle est fermement établie en common law depuis plusieurs siècles. Les caractéristiques centrales de la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui sont au nombre de quatre. Premièrement, A doit avoir commis un délit civil, le fait que les actes de A n'aient eu qu'une incidence négative sur le demandeur ne suffisant pas⁹. Deuxièmement, A doit, au moment pertinent, être un employé ou un mandataire de B¹⁰. Troisièmement, le délit civil de A doit

l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui, ils avaient essentiellement raison de procéder comme ils l'ont fait en faisant fond sur un raisonnement qui ne leur était jamais venu à l'esprit, à savoir celui qui est présenté dans la partie III du présent article.

⁷ Comme l'a relevé le Conseil privé dans *Bernard v The Attorney General of Jamaica*, [2004] UKPC 47 au para 21 (BAILII), lord Steyn : [TRADUCTION] « La responsabilité du fait d'autrui est un principe de responsabilité stricte. Il s'agit de la responsabilité pour un délit civil commis par un employé, laquelle est indépendante de toute faute de la part de l'employeur. Il peut certes y avoir des cas de responsabilité du fait d'autrui où les employeurs étaient en faute. Mais il ne s'agit pas d'une condition nécessaire. Cette considération souligne la nécessité de maintenir la doctrine dans des limites clairement définies. »

⁸ Oliver Wendell Holmes a suggéré que cette doctrine reposait sur la fiction selon laquelle l'acte de l'employé est l'acte de l'employeur : voir Holmes, *supra* note 1. Wigmore a souligné que cette doctrine découle de la responsabilité de l'employeur pour les ordres donnés à ses employés dans le cadre de leur emploi : John H Wigmore, « Responsibility for Tortious Acts: Its History » (1893-94) 7 Harv L Rev 315 [Wigmore]. Pour une analyse jurisprudentielle de l'historique de la responsabilité du fait d'autrui, voir *British Columbia Ferry Corp v Invicta Security Service Corp* (1998), 167 DLR (4^e) 193 (BCCA) au para 12.

⁹ À une certaine époque, selon la théorie du délit civil de l'employeur, on estimait qu'un délit civil ne devait pas nécessairement avoir été commis par l'employé (voir *Twine v Bean's Express Ltd*, [1946] 1 All ER 202 (CA); *Broom v Morgan*, [1953] 1 QB 597 (CA); ainsi que l'analyse dans Glanville Williams, « Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant? » (1956) 72 Law Q Rev 522). Ce courant de pensée a été remplacé par la théorie désormais orthodoxe du délit civil de l'employé adoptée dans les arrêts *Staveley Iron and Chemical Co Ltd v Jones*, [1956] AC 627 (HL) [Staveley], et *Imperial Chemical Industries v Shatwell*, [1965] AC 656 (HL).

¹⁰ Voir, par exemple, *MacDonald v Advocate General for Scotland* et *Pearce v Mayfield Secondary School Governing Body*, [2004] 1 All ER 339, [2003] UKHL 34. Bien qu'il y ait eu controverse et confusion quant à la question de savoir si le droit reconnaît un régime général de responsabilité du fait d'autrui des mandants pour les délits civils de leurs mandataires (voir PS Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, London, Butterworths, 1967 ch 9; et FMB Reynolds et al, *Bowstead & Reynolds on Agency*, 17^e éd, London, Sweet & Maxwell, 2001 aux pp 21-22 [Reynolds, *Bowstead & Reynolds*]), nous estimons que la meilleure synthèse de l'état du droit est donnée par GHL Fridman, *The Law of Torts in Canada*, 2^e éd, Toronto, Carswell, 2002 à la p 292 [Fridman, *Torts in Canada*] :

[TRADUCTION]

Dans le droit contemporain de la responsabilité du fait d'autrui, il ne semble aucunement y avoir lieu d'établir une distinction entre le mandataire employé par un mandant pour négocier des contrats en son nom et l'employé dont les fonctions se rattachent moins à l'accomplissement d'actes licites qu'à l'exécution d'actes entachés d'illicéité pour le compte de son employeur. Le droit ancien faisait référence à la responsabilité du mandant pour les délits civils commis par son mandataire selon que ces délits civils avaient été commis lorsque le mandataire agissait dans le cadre de ses pouvoirs, et à la responsabilité de l'employeur pour les délits civils commis par son employé selon que ces actes avaient été accomplis par l'employé lorsqu'il agissait dans le cadre de son emploi. Les expressions « cadre des pouvoirs » et « cadre de l'emploi » sont désormais devenues indissociables. Elles sont en pratique interchangeables. Les tribunaux évoquent régulièrement les actes relevant ou non du cadre de l'emploi ou du pouvoir d'un employé, que ce dernier soit un mandataire au sens strict ou un préposé au sens où ce terme était entendu aux siècles précédents.

Voir également Thomas Atkins Street, *The Foundations of Legal Liability: A Presentation Of The Theory and Development of the Common Law*, vol 2, Northport (NY), Edward Thompson, 1906 à la p 454; Anthony M Dugdale, dir, *Clerk & Lindsell on Torts*, 18^e éd, London, Sweet & Maxwell, 2000 à la p 262 [Dugdale, *Clerk & Lindsell*]; *Heatons Transport (St Helens) Ltd v Transport and General Workers' Union*, [1973] AC 15 (HL), lord Wilberforce. La seule limite à l'énoncé formulé par Fridman est que, pour qu'un mandant soit responsable des délits civils commis par un véritable mandataire, il faut démontrer qu'en réalité ce dernier n'était pas un entrepreneur indépendant; voir *infra*, note 14, ainsi qu'Atiyah, plus haut dans la présente note aux pp 347-48.

avoir été commis dans le cadre de son emploi auprès de B¹¹. Enfin, le fait que B soit également responsable du délit civil commis par A ne dégage pas A de sa propre responsabilité; autrement dit, A et B deviennent des auteurs conjoints du délit, tous deux étant susceptibles de poursuite par la victime du délit civil. Telles sont les caractéristiques centrales que toute théorie de la responsabilité du fait d'autrui devra être en mesure d'expliquer¹².

Toutefois, pour constituer une explication complète de la responsabilité du fait d'autrui, il ne suffit pas d'expliquer ces éléments de la doctrine. Une théorie globalisante de la responsabilité du fait d'autrui devra également expliquer pourquoi l'application de cette doctrine de droit privé est circonscrite à la relation employeur-employé¹³. Ainsi, devra-t-elle expliquer pourquoi la responsabilité du fait d'autrui n'est pas imputée aux employeurs pour les délits civils commis par leurs entrepreneurs indépendants¹⁴, aux parents en tant que parents pour les délits civils commis par leurs enfants¹⁵, aux supérieurs hiérarchiques pour les délits civils

¹¹ Par souci de commodité, cet article utilisera désormais, dans la mesure du possible, une terminologie faisant référence à la relation employé-employeur, laquelle devrait être interprétée comme englobant la relation mandant-mandataire.

¹² Pour une description de ces caractéristiques, voir Dugdale, *Clerk & Lindsell*, *supra* note 10 aux pp 233–34; Rogers, *Winfield and Jolowicz*, *supra* note 4 aux pp 701–03; BS Markesinis et al, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, New York, Oxford University Press, 2003 à la p 572 [Markesinis, *Markesinis and Deakin*]; Tony Weir, *Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002 à la p 95; Nicholas J McBride et Roderick Bagshaw, *Tort Law*, 2^e éd, Harlow, Longman, 2005 aux pp 634–37; Francis A Trindade et Peter Cane, *The Law of Torts in Australia*, 3^e éd, Melbourne, Oxford University Press, 1999 aux pp 717, 735, 742; Klar, *Tort Law*, *supra* note 4 aux pp 579–80, 586; Fridman, *Torts in Canada*, *supra* note 10 à la p 276; MA Jones, *Textbook on Torts*, 8^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2002 aux pp 421 et s.

¹³ La responsabilité du fait d'autrui est également imposée par la loi dans divers pays du Commonwealth, par exemple, aux associés pour les délits civils commis par leurs coassociés, aux chefs des services de police pour les délits civils commis par leurs agents ainsi qu'à la Couronne pour les délits civils commis par ses employés. Ces manifestations d'origine législative de la responsabilité du fait d'autrui ne sont pas abordées dans le présent article (bien qu'il soit probable que ces manifestations de la responsabilité du fait d'autrui puissent également s'expliquer par la théorie proposée ici). Parfois, on affirme également, en se fondant sur *Brooke v Bool*, [1928] 2 KB 578 (Div Ct), que les parties sont responsables du fait d'autrui pour les délits civils de leurs coentrepreneurs; voir McBride et Bagshaw, *supra* note 12 à la p 637. Cette affirmation générale est quelque peu trompeuse. Dans certains cas, la véritable responsabilité du fait d'autrui est imputée, non pas en raison du statut des parties en tant que coentrepreneurs, mais plutôt parce que les parties, à l'instar de celles qui participent à une société de personnes, peuvent être considérées comme des mandataires mutuels : voir *Co-operative Retail Services Ltd v Taff-Ely Borough Council*, [1983] 133 NLJ 577 (QB), juge Beldam. Dans d'autres situations où l'interprétation tirée du mandat ne peut être retenue, la responsabilité est fondée sur la faute, le coentrepreneur apparemment irréprochable ayant incité à commettre, autorisé à commettre ou comploté en vue de commettre un délit civil, manqué à une obligation intransmissible ou fait preuve de négligence personnelle : voir Hazel Carty, « Joint Tortfeasance and Assistance Liability » (1999) 19 LS 489 pour une analyse. Certaines conceptions erronées caractérisant ce domaine du droit ont été engendrées par l'arrêt *Brook v Bool* même, puisque les deux juges qui ont tranché l'affaire ont proposé au moins quatre justifications différentes pour retenir la responsabilité à la lumière des faits propres à l'affaire, notamment : le mandat, le contrôle, la coentreprise et le manquement à une obligation intransmissible. Cette solution excessive et ce manque de clarté peuvent expliquer pourquoi l'arrêt [TRADUCTION] « a depuis curieusement servi de fondement à peu de jurisprudence »; voir *Unilever Pic v Gillette (UK) Ltd*, [1989] RPC 583 (CA) à la p 603, lord juge Mustill. Quoi qu'il en soit, si l'analyse qui précède est juste, l'imputation de la responsabilité aux coentrepreneurs est parfaitement compatible avec la théorie de la responsabilité du fait d'autrui qui sera proposée dans la partie III du présent article.

¹⁴ *Quarman v Burnett* (1840), (1835-1842) All ER Rep 350, 151 ER 509 (Ex Ct); *Stevens v Brodribb Sawmilling* (1985), 160 CLR 16 (HCA); *D & F Estates Ltd v Church Commissioners for England*, [1989] AC 177 (HL); *Northern Sandblasting Pty Ltd v Harris* (1997), 188 CLR 313 (HCA) [*Northern Sandblasting*]; *671122 Ontario Ltd c Sagaz Industries Canada Inc*, 2001 CSC 59, [2001] 2 RCS 983 [*Sagaz*]. Bien que certains ouvrages (voir Atiyah, *supra* note 10 à la p 3; Trindade et Cane, *supra* note 12 à la p 739; Fridman, *Torts in Canada*, *supra* note 10 aux pp 309–10) soutiennent l'existence d'une telle responsabilité du fait d'autrui dans certaines circonstances, il ressort de l'examen de ces situations que celles dans lesquelles la responsabilité est engagée sont toutes des manifestations de la responsabilité personnelle, généralement sous la forme d'un manquement à une quelconque obligation intransmissible. Pour un point de vue semblable, voir Dugdale, *Clerk & Lindsell*, *supra* note 10 à la p 250; Rogers, *Winfield and Jolowicz*, *supra* note 4 à la p 729; McBride et Bagshaw, *supra* note 12 à la p 636; Jones, *supra* note 12 à la p 440.

¹⁵ *Moon v Towers* (1860), 8 CB (NS) 611, 141 ER 1306 (CP); *Carmarthenshire CC v Lewis*, [1955] AC 549 (HL). Les parents peuvent toutefois être tenus responsables du fait d'autrui en tant qu'employeur/mandant si leurs enfants commettent un délit civil dans le cadre de leur emploi ou de leur mandat : *Smith v Leurs* (1945), 70 CLR 256 (HCA); *Hewitt v Bonvin*, [1940] 1 KB 188 (CA). Mais il ne s'agit évidemment que d'une application des règles ordinaires de la responsabilité du fait d'autrui.

commis par leurs subordonnés¹⁶, aux bénéficiaires pour les délits civils commis par leurs fiduciaires¹⁷, ni aux actionnaires pour les délits civils commis par les dirigeants/employés d'une société. De façon plus générale, elle devra expliquer pourquoi l'engagement de la common law envers la responsabilité stricte dans la relation employeur-employé n'a pas mené à l'adoption d'un régime global de responsabilité stricte en matière délictuelle¹⁸. En d'autres termes, elle devra expliquer où débute la responsabilité du fait d'autrui, mais aussi pourquoi elle s'arrête là où elle s'arrête. Comme l'affirme Allan Beever :

[TRADUCTION]

En recommandant un [raisonnement], il ne s'agit pas seulement de montrer que le [raisonnement] privilégié produit le résultat souhaité dans la situation particulière à l'étude, mais aussi de montrer que le [raisonnement] ne produit pas de résultats problématiques dans d'autres situations. Or, ce dernier aspect est rarement pris en considération¹⁹.

II. L'ÉCHEC DES RAISONNEMENTS PROPOSÉS POUR EXPLIQUER LA DOCTRINE

Cette partie de l'article examinera les principaux raisonnements invoqués pour justifier la responsabilité du fait d'autrui et soutiendra qu'aucun d'entre eux ne constitue une véritable explication de cette doctrine, puisqu'ils ne permettent pas d'expliquer les caractéristiques centrales de la doctrine ou ses limites doctrinales. L'objectif n'est pas de proposer une analyse exhaustive : bon nombre des arguments ont déjà été étudiés en détail et seule une démonstration limitée est nécessaire pour montrer que les principales théories fondées sur le contrôle, le dédommagement, la dissuasion, l'étalement des pertes, la responsabilité d'entreprise et la politique mixte n'expliquent pas suffisamment bien les limitations actuelles de la doctrine²⁰.

A. CONTRÔLE

L'une des explications classiques de la responsabilité du fait d'autrui consiste à soutenir que l'employeur devrait être responsable du fait d'autrui parce qu'il exerce un contrôle sur les activités de ses employés²¹. Toutefois, cette justification fondée sur le contrôle ne permet pas d'expliquer les contours de la responsabilité du fait d'autrui, et ce, pour plusieurs raisons. Comme l'a fait remarquer avec éloquence PS Atiyah,

¹⁶ *Bainbridge v Postmaster General*, [1906] 1 KB 178 (CA); *Rainbow Industrial Caterers Ltd v CNR Co* (1998), 54 DLR (4^e) 43 (BCCA).

¹⁷ Dans certaines circonstances limitées, un bénéficiaire sera tenu d'indemniser personnellement un fiduciaire pour ses délits civils et, partant, deviendra responsable du fait d'autrui à leur égard. En termes simples, cela se produit lorsqu'un fiduciaire est devenu le mandataire d'un bénéficiaire titulaire d'un droit absolu : voir *Hardoon v Belilos*, [1901] AC 118 (PC); *Trident Holdings Ltd v Danand Investment Ltd* (1998), 64 OR (2^e) 65 (CA); Reynolds, *Bowstead & Reynolds*, *supra* note 10 à la p 20. Pour une analyse détaillée, voir John Mowbray et al, *Lewin on Trusts*, 17^e éd, London, Sweet & Maxwell, 2000 ch 21. Encore une fois, il ne s'agit toutefois que d'une application des règles ordinaires de la responsabilité du fait d'autrui.

¹⁸ Comme le soutient Ernest Weinrib : [TRADUCTION] « Une justification justifie en ce qu'elle exerce une autorité normative sur la matière à laquelle elle s'applique. Sa fonction est de permettre à cette autorité de régir tout ce qui relève de son champ d'application. Ainsi, pour qu'une justification remplisse pleinement son rôle, il faut lui reconnaître la capacité, pour ainsi dire, d'occuper pleinement l'espace qu'elle est naturellement appelée à occuper. » Voir Ernest J Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995 à la p 39 [Weinrib, *Private Law*].

¹⁹ Allan Beever, « Particularism and Prejudice in the Law of Tort » (2003) 11 Tort L Rev 146 à la p 150.

²⁰ Comme le soutient Weir, *supra* note 12 à la p 96 : [TRADUCTION] « Il n'y a aucun intérêt à analyser la question [...] [puisque] la portée de la règle n'est pas déterminée par la justification privilégiée ». Je n'ai pas analysé les maximes *respondeat superior* et *qui facit per alium facit per se*, celles-ci étant généralement discréditées comme théories de la responsabilité du fait d'autrui : voir, par exemple, John G Fleming, *The Law of Torts*, 9^e éd, Sydney, LBC Information Services, 1998 à la p 410; Fridman, *Torts in Canada*, *supra* note 10 aux pp 277-78. Comme l'a observé lord Reid dans l'arrêt *Staveley*, *supra* note 9 à la p 643 : [TRADUCTION] « La première [*respondeat superior*] se contente d'énoncer carrément la règle en deux mots, et la seconde en donne simplement une explication fictive. »

²¹ Voir, par exemple, Atiyah, *supra* note 10 à la p 15; Baty, *supra* note 3 à la p 147.

[TRADUCTION]

le contrôle ne peut être considéré ni comme une raison suffisante pour imposer systématiquement la responsabilité, ni comme une raison nécessaire sans laquelle la responsabilité du fait d'autrui ne devrait jamais exister. Le contrôle, en soi, n'a jamais constitué un motif pour imposer la responsabilité du fait d'autrui. Ainsi, un parent n'est pas responsable des délits civils commis par ses enfants, un supérieur hiérarchique n'est pas responsable des délits civils commis par ses subordonnés, les enseignants ne sont pas responsables des délits civils commis par leurs élèves, etc. Inversement, l'absence de contrôle – qui autrefois était considérée comme excluant la responsabilité du fait d'autrui dans le cas notamment des ouvriers spécialisés et des employés professionnels – ne représente plus aujourd'hui un obstacle de taille à l'engagement de cette responsabilité²².

Ainsi, eu égard à ces lacunes, le critère du contrôle ne permet pas d'expliquer de manière suffisante les contours contemporains de la responsabilité du fait d'autrui.

B. DÉDOMMAGEMENT/BOURSE BIEN GARNIE

L'explication de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur le principe du dédommagement soutient que le raisonnement qui sous-tend cette doctrine vise à garantir que les demandeurs innocents disposent d'un défendeur solvable contre qui faire valoir leurs droits légaux. Dans le contexte de la relation employés-employeurs, ce sont les employeurs qui seront fort probablement les plus fortunés et/ou les détenteurs d'assurances²³. Toutefois, cette justification est fallacieuse pour trois raisons principales. Premièrement, elle n'explique pas pourquoi le dédommagement doit provenir de l'employeur, puisque le demandeur serait tout aussi bien dédommagé si le paiement provenait d'une autre source²⁴. Par ailleurs, même si la préoccupation tient moins à la simple « éventualité du dédommagement » qu'à « l'indemnisation efficace²⁵ », dans la plupart des cas, l'État dispose de ressources considérablement supérieures à celles de tout employeur²⁶. Deuxièmement, prise au sérieux, cette explication tend également à faire disparaître la distinction entre employé et entrepreneur indépendant. Comme le souligne Robert Flannigan : [TRADUCTION] « D'une manière générale, un employeur sera plus riche [...] que les travailleurs à son emploi, qu'il s'agisse d'employés ou d'entrepreneurs indépendants. Cela étant [...] aucune distinction ne devrait être établie entre les employés et les entrepreneurs indépendants

²² Atiyah, *ibid* à la p 16. Voir les observations semblables concernant les enfants dans Baty, *ibid* à la p 153.

²³ Voir *Limpus v London General Omnibus Company* (1862), 158 ER 993 à la p 998, juge Willes : [TRADUCTION] Il est bien connu qu'il n'existe pratiquement aucun recours contre le conducteur d'un omnibus. Il est donc nécessaire que l'employeur soit responsable des dommages résultant d'un acte commis par le conducteur dans l'exercice de ses fonctions pour son employeur; en effet, il devrait exister un recours contre une personne capable de verser des dommages-intérêts aux personnes lésées par une conduite fautive. » Voir également *Viscount Canterbury v A-G* (1842), 1 Ph 306, lord chancelier Lyndhurst; *Bazley c Curry*, [1999] 2 RCS 534 au para 30 [Bazley]; Baty, *supra* note 3 à la p 154; Fleming, *supra* note 20 à la p 410; Bruce Feldthusen, « Vicarious Liability For Sexual Torts » dans Nicholas J Mullany et Allen M Linden, dir, *Torts Tomorrow: A Tribute to John Fleming*, North Ryde (NSW), LBC Information Services, 1998 aux pp 224–25.

²⁴ Ernest J Weinrib, « Understanding Tort Law » (1989) 23 Val U L Rev 485 aux pp 503–05. Comme l'a demandé Robert Flannigan : [TRADUCTION] « Pourquoi [...] le choix du débiteur du dédommagement se limite-t-il à un choix entre l'employeur et l'employé? » Robert Flannigan, « Enterprise Control: The Servant-Independent Contractor Distinction » (1987) 37 UTLJ 25 à la p 28. Voir également Lewis N Klar, « Judicial Activism in Private Law » (2001) 80 RB Can 215 à la p 237 [Klar, « Judicial Activism »].

²⁵ *Bazley*, *supra* note 23 au para 31.

²⁶ De même, voir Atiyah, *supra* note 10 à la p 22, qui note :

[TRADUCTION]

Après tout, il y aura toujours dans le monde beaucoup de personnes bien plus en mesure de payer des dommages-intérêts que tel ou tel défendeur en particulier qui aurait simplement la malchance d'être poursuivi pour un délit civil, mais la simple richesse, si valable puisse-t-elle être comme fondement pour l'imposition fiscale, ne saurait, à elle seule, constituer un motif pour l'imputation de la responsabilité civile délictuelle. Et même si c'était le cas, pourquoi l'employeur, parmi toutes les autres personnes fortunées du monde, devrait-il être désigné pour assumer cette responsabilité? De toute évidence, cette justification n'en est pas une.

Pour un point de vue semblable, voir Christopher G Riggs, « Vicarious Liability of Employers For Sexual Abuse By Employees: Implications For Churches of Recent Judicial Decisions » (2000) 3 J of Church L Assoc Can 87 à la p 101; Flannigan, *supra* note 24 aux pp 28–29.

pour les besoins de la responsabilité du fait d'autrui²⁷. » Troisièmement, le raisonnement fondé sur le dédommagement ne peut expliquer pourquoi le demandeur doit avoir subi un préjudice du fait de l'employé ni pourquoi ce préjudice doit avoir été causé dans le cadre de son emploi²⁸. Comme le fait remarquer Ernest Weinrib : [TRADUCTION] « Sous-tendant l'idée de retenir le dédommagement comme objectif du droit de la responsabilité civile délictuelle est le besoin créé chez la victime par le fait même du préjudice. Ce besoin n'est toutefois pas touché par la manière dont le préjudice a été causé²⁹. » Ainsi, étant donné que le raisonnement qui sous-tend le dédommagement ne peut expliquer pourquoi celui-ci doit provenir de l'employeur, ni justifier trois des exigences doctrinales fondamentales du droit de la responsabilité du fait d'autrui, il ne saurait constituer une explication convaincante de cette doctrine.

C. DISSUASION

L'explication de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur la dissuasion se présente sous deux formes générales : l'une axée sur l'employeur, l'autre axée sur l'employé. Selon la version axée sur l'employeur, les unités économiques de plus grande taille étant les mieux placées pour réduire les accidents grâce à l'organisation efficace et à un encadrement discipliné du personnel, le droit a raison de retenir leur responsabilité du fait d'autrui au nom de la réduction des accidents³⁰. Toutefois, cette version de l'argument fondé sur la dissuasion ne constitue réellement pas une explication de la responsabilité du fait d'autrui, dès lors, soit qu'elle nie l'aspect « du fait d'autrui » de la règle, soit qu'elle est trop englobante et ne peut expliquer pourquoi elle se limite à la relation employé-employeur.

Si la responsabilité du fait d'autrui s'explique par le fait que l'employeuse doit être tenue responsable parce qu'elle a elle-même commis une faute (comme le fait de manquer d'exercer la surveillance, de ne pas créer un milieu approprié ou de faire de mauvais choix), alors il ne s'agirait plus de la responsabilité du fait d'autrui, mais plutôt d'une application particulière du régime de la faute³¹. Par ailleurs, si tel était le fondement de cette règle, on s'attendrait à ce que l'employeuse puisse échapper à la responsabilité « du fait d'autrui » en démontrant qu'elle n'a commis aucune faute (comme c'est effectivement possible dans la variante allemande de la doctrine)³². Toutefois, comme on le sait bien, la preuve positive que l'employeuse n'a commis aucune faute ne

²⁷ Flannigan, *supra* note 24 à la p 28. Pour un point de vue semblable, voir le jugement du lord juge Waller dans *Gwilliam v West Hertfordshire Hospital NHS Trust*, [2003] QB 443 (CA) au para 38, où il a tenté d'imputer à l'employeur d'un entrepreneur indépendant l'obligation non seulement de garantir la sécurité de ce dernier, mais aussi la récupérabilité de toute réparation adjugée contre lui. Cette obligation de portée étendue a été remise en question dans *Naylor v Payling*, [2004] EWCA Civ 560.

²⁸ Voir Atiyah, *supra* note 10 aux pp 27-28 : [TRADUCTION] « Indubitablement, il serait tout aussi pratique et efficace, pour assurer le dédommagement en cas d'accidents, d'obliger tous les employeurs à répondre des délits civils commis par leurs employés – et donc à s'assurer contre pareils délits – lorsque ces délits sont commis en dehors du cadre de l'emploi, de l'employé, tout autant que lorsqu'ils le sont dans le cadre de son emploi. » Voir également McBride et Bagshaw, *supra* note 12 à la p 638; Trindade et Cane, *supra* note 12 à la p 736.

²⁹ Weinrib, *Private Law*, *supra* note 18 à la p 38. Pour un point de vue semblable, voir Peter Cane, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997 à la p 47 [Cane, *Anatomy*] (l'argument tiré du dédommagement [TRADUCTION] « ne peut expliquer pourquoi la responsabilité du fait d'autrui est plus ou moins limitée dans son application à la relation employé-employeur et pourquoi le droit de la responsabilité civile délictuelle n'est généralement pas fondé sur des principes de protection sociale »).

³⁰ Voir Fleming, *supra* note 20 à la p 410. Pour un point de vue légèrement différent, voir Peter Cane, « Responsibility and Fault: A Relational and Functional Approach to Responsibility » dans Peter Cane et John Gardner, dir, *Relating to Responsibility*, Oxford, Hart Publishing, 2001, 81 à la p 100 ([TRADUCTION] « une justification importante de la responsabilité stricte consiste à accroître la possibilité que les personnes en faute seront tenues responsables malgré les difficultés en matière de preuve »).

³¹ Voir, par exemple, *Mattis v Pollock*, [2003] 1 WLR 2158 (CA), où la faute de l'employeur, qui a encouragé la violence de l'employé, peut expliquer la décision du tribunal d'imputer la responsabilité « du fait d'autrui ». Pour une analyse de cette affaire, voir Robert Weeks, « Vicarious Liability for Violent Employees » (2004) 63 Cambridge LJ 53.

³² Voir Basil Markesinis et Hannes Unberath, *The German Law of Torts*, 4^e éd, Oxford, Hart Publishing, 2002 à la p 700.

constitue pas un moyen de défense dans la variante de la doctrine issue de la common law³³. C'est donc pourquoi cette version du raisonnement fondé sur la dissuasion axée sur l'employeur ne permet pas d'expliquer la responsabilité du fait d'autrui.

Certaines versions de l'argument fondé sur la dissuasion axée sur l'employeur ne reposent toutefois pas sur la faute de l'employeur, mais soutiennent plutôt, comme l'a fait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Bazley*, que

[a]u-delà de la gamme restreinte des comportements d'un employeur qui engendrent la responsabilité directe pour négligence, il existe un large secteur où un mode de gestion et de surveillance original et efficace peut réduire le risque auquel l'employeur expose la collectivité. Imputer à l'employeur la responsabilité du fait d'autrui pour les fautes de son employé peut l'inciter à prendre de telles mesures et, par conséquent, à réduire le risque de préjudice futur³⁴. [...]

Bien que cela puisse constituer une raison valable pour imputer la responsabilité à quelqu'un dans l'abstrait, la théorie ne permet pas d'expliquer pourquoi cette responsabilité n'est pas imputée dans l'ensemble du droit privé, en d'autres termes, pourquoi la responsabilité pour des dommages évitables mais non *raisonnablement* prévisibles est limitée à la relation employé-employeur³⁵. Par exemple, selon cette analyse, rien n'explique pourquoi le défendeur dans l'affaire *Bolton v Stone* n'aurait pas dû être tenu responsable de dédommager la demanderesse pour les préjudices prévisibles et évitables, mais non raisonnablement prévisibles, qu'elle a subis, car « un mode de gestion et de surveillance original et efficace » aurait pu réduire le risque des préjudices qu'elle a subis³⁶. Ainsi, étant donné que la version de la dissuasion axée sur l'employeur est soit une forme de faute, soit une forme systématique de responsabilité stricte ou « quasi-fautive » qui, logiquement, ne peut se limiter à la relation employé-employeur, cette forme d'argument fondé sur la dissuasion ne peut expliquer la responsabilité du fait d'autrui.

La version du raisonnement fondé sur la dissuasion axée sur les employés soutient que, puisque ceux-ci disposent rarement des ressources financières suffisantes pour assumer l'intégralité des frais liés à leurs responsabilités et que, dans certaines circonstances, la victime d'un délit civil n'est même pas en mesure d'identifier l'employé responsable, les employés ne sont pas suffisamment dissuadés de commettre des délits civils. Pour combler cette lacune en matière de dissuasion, la responsabilité du fait d'autrui est imputée aux employeurs, lesquels sont souvent en mesure d'influencer le comportement de leurs employés, notamment par l'imposition de mesures disciplinaires au travail ou, en recours ultime, par le congédiement³⁷.

³³ Voir Atiyah, *supra* note 10 à la p 19 : [TRADUCTION] « Il est, bien entendu, aussi évident que cela puisse paraître, que l'employeur n'est pas exonéré de sa responsabilité du simple fait qu'il a fait preuve de toute la diligence possible dans le choix de son employé. » Voir également Baty, *supra* note 3 à la p 147; Glanville Williams, « Vicarious Liability and the Master's Indemnity » (1957) 20 Mod L Rev 220, 20 Mod L Rev 437 à la p 438 [Williams, « Master's Indemnity »].

³⁴ Voir *Bazley*, *supra* note 23 au para 33. Voir également *London Drugs Ltd c Kuehne & Nagel International Ltd*, [1992] 3 RCS 299 à la p 339, juge La Forest [*London Drugs*].

³⁵ Pour un point semblable, voir Klar, « Judicial Activism », *supra*, note 24 à la p 237.

³⁶ [1951] AC 850 (HL). Voir en particulier l'allocation de lord Radcliffe, où il a déclaré à la page 868 : [TRADUCTION] « Je ne vois rien d'injuste à ce que les appelants soient tenus de dédommager l'intimée pour les blessures graves qu'elle a subies du fait du sport qu'ils ont organisé sur leur terrain de cricket à Cheetham Hill. Cela dit, le droit en matière de négligence s'attache moins à ce qui est juste qu'à ce qui est coupable, et je ne puis me convaincre que les appelants sont coupables d'un acte ou d'une omission coupables en l'espèce. »

³⁷ Voir Kevin E Davis, « Vicarious Liability, Judgment Proofing and Non-Profits » (2000) 50 UTLJ 407 aux pp 409–11, résumant les grandes lignes de la doctrine américaine sur la dissuasion, notamment les écrits de Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987 à la p 173; Alan O Sykes, « The Economics of Vicarious Liability » (1984) 93 Yale LJ 1231; Alan O Sykes, « The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines » (1988) 101 Harv L Rev 563; Steven P Croley, « Vicarious Liability in Tort: On the Sources and Limits of Employee Reasonableness » (1996) 69 S Cal L Rev 1705; Bruce Chapman, « Corporate Tort Liability and the Problem of

Bien que cela puisse sembler expliquer, dans une certaine mesure, la responsabilité du fait d'autrui, cette version du raisonnement fondé sur la dissuasion soulève plusieurs difficultés. Premièrement, dans de nombreuses situations, l'identité de l'employé/auteur du délit civil sera connue³⁸. Même lorsque cette identité demeurerait incertaine, il existe de nombreux mécanismes procéduraux et moyens de preuve, en deçà de la responsabilité du fait d'autrui, permettant d'inciter les personnes ayant connaissance des faits à les révéler³⁹. Deuxièmement, la théorie fondée sur la dissuasion se révèle peu efficace lorsque l'acte à dissuader constitue déjà une infraction pénale⁴⁰. Comme l'ont souligné les juges Gummow et Hayne dans l'arrêt *Lepore* : [TRADUCTION] « Si le droit criminel ne dissuade pas le transgresseur, il semble que le fait de tenir l'employeur du contrevenant passible de dommages-intérêts pour l'agression commise n'aura guère d'effet dissuasif⁴¹. » Troisièmement, cette théorie ne peut expliquer pourquoi les dommages-intérêts sont versés au demandeur lésé, puisque l'employeuse serait tout autant incitée à surveiller son employé si les dommages-intérêts étaient versés à l'État ou à un tiers⁴². Quatrièmement, le raisonnement ne semble pas se limiter à la relation employé-employeur. Bon nombre, sinon la majorité, des individus seraient incapables de faire face à une action en responsabilité civile délictuelle d'envergure intentée contre eux⁴³; dès lors, la théorie fondée sur la dissuasion conduirait à préconiser un régime général de responsabilité du fait d'autrui applicable aux catégories de délits civils insuffisamment dissuadés et à l'égard desquels une autre personne pourrait exercer un certain contrôle de fait ou de droit⁴⁴. Quoi qu'il en soit, cette version du raisonnement fondé sur la dissuasion étaye certainement la responsabilité du fait d'autrui des parents pour les délits civils commis par leurs enfants, d'un contremaître pour les délits civils de ses subordonnés⁴⁵ ou d'un employeur pour les délits civils commis par des entrepreneurs indépendants inattaquables par jugement⁴⁶ – des positions manifestement étrangères à l'état du droit⁴⁷. Cinquièmement et enfin, il semble

Overcompliance » (1996) 69 S Cal L Rev 1679. Voir également Jennifer H Arlen et W Bently Macleod, « Beyond Master-Servant: A Critique of Vicarious Liability » dans M Stuart Madden, dir, *Exploring Tort Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 111.

³⁸ Schwartz, *supra* note 4 à la p 1756, a soutenu que [TRADUCTION] « ce n'est que dans un petit sous-ensemble de cas qu'un employé qui envisage un comportement négligent peut comprendre que son identité demeurera inconnue du demandeur ».

³⁹ Comme l'a soutenu Richard Townshend-Smith, on pourrait résoudre bon nombre de ces problèmes en renversant la charge de la preuve, en présumant que le délit civil commis par un employé a été aggravé par la négligence de l'employeuse, puis en laissant à cette dernière le soin de démontrer qu'elle n'était pas en faute. Voir R Townshend-Smith, « Vicarious Liability for Sexual (and other) Assaults » (2000) 8 Tort L Rev 108 à la p 128.

⁴⁰ Comme cela a été le cas dans de nombreux arrêts phares récents, tel que l'arrêt *Bazley*, *supra* note 23; *Lister v Hesley Hall*, *supra* note 6; *Lepore*, *supra* note 5, etc.

⁴¹ *Lepore*, *supra* note 5 au para 219. Pour un point de vue semblable, voir Riggs, *supra* note 26 à la p 101, où il soutient que [TRADUCTION] « dans le cas des prédateurs sexuels qui ne sont dissuadés ni par d'éventuelles sanctions pénales ni par une administration efficace des affaires de l'Église, l'imputation de la responsabilité à l'Église – quelle qu'en soit sa justification – n'aura que peu d'effet dissuasif ».

⁴² Voir Weinrich, *Private Law*, *supra* note 18 à la p 47.

⁴³ Comme le soutiennent Arlen et Macleod, *supra* note 37 à la p 13 : [TRADUCTION] « Dans de nombreuses situations importantes [...] l'insolvabilité du mandataire constitue la règle, et non l'exception. » Voir également David Goddard, « Corporate Personality — Limited Recourse and its Limits » dans Ross Grantham et Charles Rickett, dir, *Corporate Personality in the 20th Century*, Oxford, Hart Publishing, 1998, 11 aux pp 33–34; Atiyah, *supra* note 10 à la p 22.

⁴⁴ Voir McBride et Bagshaw, *supra* note 12 à la p 639, qui font remarquer ce qui suit : [TRADUCTION] « [S]i [la dissuasion] est correcte, on pourrait s'attendre à ce que le droit stipule que A sera tenu responsable du fait d'autrui pour le délit civil de B si A avait pu faire quelque chose pour empêcher la commission de ce délit civil. Or ce n'est pas ce que dit le droit, et il ne l'a jamais dit. »

⁴⁵ Comme le fait valoir Williams : [TRADUCTION] « [D]ans de nombreuses situations, ce n'est pas l'employeur qui est le mieux placé pour empêcher un ouvrier de causer un préjudice, mais un employé supérieur. Si la prévention du préjudice justifie [la responsabilité du fait d'autrui] [...] on pourrait s'attendre à ce que la responsabilité stricte soit imputée à tous les employés supérieurs » (Williams, « Master's Indemnity », *supra* note 33 à la p 439).

⁴⁶ Voir Arlen et Macleod, *supra* note 37, qui préconisent l'abolition de la distinction entre entrepreneur indépendant et employé pour des raisons de dissuasion, s'agissant des entrepreneurs indépendants « à la fortune limitée » et « insolubles ».

⁴⁷ Voir les sources invoquées dans la partie I du présent article.

arbitraire de limiter le choix de la « personne utilisée à des fins de dissuasion » à l'employeur ainsi que le mode de dissuasion au paiement de dommages-intérêts compensatoires⁴⁸. On pourrait soutenir que les éventuels auteurs de délits civils seraient plus efficacement dissuadés si la responsabilité du fait d'autrui était imputée à un proche – tel qu'un parent ou un enfant adulte – et si la sanction infligée prenait la forme du paiement de dommages-intérêts exemplaires, de la privation de liberté ou de la confiscation d'un privilège valorisé (comme le permis de conduire). Ainsi, tout comme la version de la dissuasion axée sur l'employeur, celle axée sur l'employé ne parvient pas à expliquer la responsabilité du fait d'autrui.

D. ÉTALEMENT DES PERTES

Une autre explication déterminante de la responsabilité du fait d'autrui est celle de l'étalement des pertes, selon laquelle en imputant la responsabilité à l'employeur, on répartit le fardeau du préjudice entre ses clients et ses assureurs⁴⁹. Comme l'a souligné le juge Traynor dans l'affaire *Escola v Coca-Cola Bottling Co*, [TRADUCTION] « [l]e coût d'un préjudice et la perte de temps ou de la santé peuvent constituer pour la personne lésée un malheur écrasant qui n'a pas à l'être, puisque le risque de préjudice peut être assuré par l'[employeur] et réparti entre les membres du public en tant que prix à payer pour faire des affaires⁵⁰ ». À l'instar des autres explications de la responsabilité du fait d'autrui, l'étalement des pertes présente de nombreuses difficultés quant à sa capacité d'expliquer la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui. Premièrement, il ne peut expliquer pourquoi la responsabilité du fait d'autrui est imputée dans les situations où la perte ne peut être répartie⁵¹. Par exemple, il est clair que l'employeuse d'une domestique est responsable du fait d'autrui pour les délits civils de son employée, même si les pertes ne peuvent être réparties parmi une clientèle et indépendamment de l'existence d'une assurance⁵². De même, en l'absence d'une couverture d'assurance, qu'il pourrait d'ailleurs être difficile de se procurer, il est difficile d'imaginer comment un organisme de bienfaisance pourrait répartir les pertes au sein de la collectivité⁵³; pourtant il est de jurisprudence constante qu'elle peut se voir imputer la

⁴⁸ Pour un point semblable en ce qui concerne le dédommagement, voir Flannigan, *supra* note 24 à la p 28.

⁴⁹ C'était l'argument généralement privilégié par Atiyah, *supra* note 10 à la p 27, qui l'a qualifié de [TRADUCTION] « justification la plus rationnelle de la responsabilité du fait d'autrui que l'on puisse offrir aujourd'hui ». Voir également Young B Smith, « Frolic and Detour » (1923) 23 Colum L Rev 444 à la p 456; Williams, « Master's Indemnity », *supra* note 33 à la p 442. Pour un appui jurisprudentiel, voir l'arrêt *Bazley*, *supra* note 23 au para 31 : « [L]'employeur est souvent le mieux placé pour répartir les pertes [causées par le délit civil d'un employé] au moyen de mécanismes comme l'assurance et la hausse de prix, et ainsi pour réduire l'effet perturbateur du délit dans la société », juge McLachlin; *Lister v Hesley Hall*, *supra* note 6 au para 65, lord Millet; *London Drugs*, *supra* note 34 aux pp 338–39, juge La Forest; *Dubai Aluminium v Salaam*, [2003] 2 AC 366, [2002] UKHL 48 au para 107, lord Millet [Dubai].

⁵⁰ 150 P.2d 436 à la p 441 (Cal 1944).

⁵¹ Voir, par exemple, la critique formulée par le juge Callinan dans l'arrêt *Vabu*, *supra* note 5 aux para 115–17, selon laquelle les hypothèses qui sous-tendent l'étalement des pertes (telles que la capacité d'augmenter les prix ou de souscrire une assurance) ne sont que des hypothèses et non des faits.

[TRADUCTION]

L'appelant a également fait valoir que le fait d'imputer la responsabilité à l'intimé constituerait un moyen efficace de transférer les pertes aux assureurs [...] [puisque] « l'entreprise de l'intimé » [...] [est] une personnalité juridique mieux en mesure d'évaluer les risques et de payer l'assurance nécessaire pour les couvrir. Cette dernière observation reflète les hypothèses relatives à la répartition équitable des pertes et à l'efficacité économique souvent avancées par les auteurs de manuels et, à l'occasion, par les juges. [...] Il existe [...] des difficultés liées à ce type d'hypothèses. Ce ne sont que des hypothèses. Je soupçonne qu'elles ont peut-être été formulées sans accès à l'ensemble des informations pertinentes et pas toujours après une analyse rigoureuse par des personnes suffisamment qualifiées pour traiter et évaluer ces informations.

⁵² Voir *Harrison v Duke of Rutland*, [1893] 1 QB 142 (CA); *Jardine v Lang* (1991), 2 SLT 494. Pour un point de vue semblable, voir Williams, « Master's Indemnity », *supra* note 33 à la p 441.

⁵³ Voir McBride et Bagshaw, *supra* note 12 à la p 639, note 33. Voir également Klar, « Judicial Activism », *supra* note 24 à la p 238, note 83, et le jugement majoritaire dans *Jacobi c Griffiths*, [1999] 2 RCS 570, juge Binnie [Jacobi], qui remettent en question l'applicabilité du principe qui consiste à étendre les pertes aux organismes de bienfaisance.

responsabilité du fait d'autrui⁵⁴. Deuxièmement, le raisonnement n'explique pas pourquoi le « vecteur » pour l'étalement des pertes doit être l'employeur plutôt qu'un régime d'assurance sociale ou d'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'État⁵⁵. Troisièmement, le raisonnement pourrait être invoqué pour imputer la responsabilité du fait d'autrui pour les délits civils des entrepreneurs indépendants, s'il devait s'avérer empiriquement que l'employeur serait mieux capable de répartir la perte qu'un entrepreneur particulier ou une catégorie d'entrepreneurs⁵⁶. Quatrièmement, la justification fondée sur l'étalement des pertes n'explique pas pourquoi la perte à dissiper doit être à la fois un délit civil *et* causée dans le cadre de l'emploi, par opposition à une maladie catastrophique d'origine naturelle ou à une lésion accidentelle auto-infligée⁵⁷. Par conséquent, en raison de son incapacité à expliquer les caractéristiques centrales de la doctrine, l'étalement des pertes ne constitue pas une explication adéquate de la responsabilité du fait d'autrui.

E. RESPONSABILITÉ D'ENTREPRISE

Une autre explication majeure de la responsabilité du fait d'autrui est celle fondée sur la responsabilité d'entreprise. Bien qu'il en existe de nombreuses déclinaisons, elles se regroupent généralement en deux grandes catégories. La première, illustrée par les travaux de Gregory Keating⁵⁸ et de Jane Stapleton⁵⁹, repose sur l'idée de la réciprocité entre avantage et charge⁶⁰. Comme l'a souligné le juge Friendly, s'exprimant au nom [de la Cour d'appel] du deuxième circuit dans l'arrêt *Ira S Bushey & Sons, Inc v United States*, [TRADUCTION] « la maxime *respondeat superior* [...] ne s'appuie pas tant sur des considérations de politique générale [...] que sur un sentiment profondément ancré selon lequel une entreprise commerciale ne saurait à juste titre se soustraire à la responsabilité pour des accidents pouvant à bon droit être considérés comme caractéristiques de ses activités⁶¹ ». Selon la deuxième version, illustrée par l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bazley*, il est juste de faire payer l'employeur parce que son entreprise a créé ou accru le risque que la demanderesse subisse le préjudice qu'elle a subi⁶².

⁵⁴ Voir, par exemple, *Mersey Docks and Harbour Board v Proctor*, [1861-73] All ER Rep 397 (HL); *Untel c Bennett*, [2004] 1 RCS 436; et l'analyse dans David R Wingfield, « The Short Life and Long After Life of Charitable Immunity in the Common Law » (2003) 82 RB Can 315.

⁵⁵ Weinrib, *Private Law*, *supra* note 18 à la p 37; Flannigan, *supra* note 24 à la p 29.

⁵⁶ Flannigan, *ibid*.

⁵⁷ Jane Stapleton, *Product Liability*, London, Butterworths, 1994 à la p 193; Weinrib, *Private Law*, *supra* note 18 à la p 185, note 27; Atiyah, *supra* note 10 aux pp 27–28; McBride et Bagshaw, *supra* note 12 à la p 640; FD Rose, « Liability for an Employee's Assaults » (1977) 40 Mod L Rev 420.

⁵⁸ Voir également Gregory C Keating, « The Idea of Fairness in the Law of Enterprise Liability » (1997) 95 Mich L Rev 1266 à la p 1360, où il affirme : [TRADUCTION] « [I]l est juste de faire payer aux entreprises les blessures accidentelles propres à leurs activités dès lors que cela permet de répartir le fardeau financier de ces accidents entre ceux qui ont bénéficié de l'imposition des risques sous-jacents. »

⁵⁹ Stapleton, *supra* note 57 à la p 186 : [TRADUCTION] « [S]i, dans le but de réaliser un profit financier, une entreprise cause certains types de pertes, elle devrait être légalement tenue de dédommager la victime. »

⁶⁰ Pour un aval jurisprudentiel ancien, voir *Hall v Smith* (1824), 2 Bi 156, juge en chef Best, et *Duncan v Findlater*, [1839] VI Cl & Fin 894, 7 ER 934, lord Brougham. Pour une source plus moderne, voir l'arrêt *Dubai*, *supra* note 49 au para 21, lord Nicholls : [TRADUCTION] « La politique juridique [...] [qui sous-tend le droit de la responsabilité du fait d'autrui] repose sur la reconnaissance du fait que l'exploitation d'une entreprise commerciale comporte nécessairement des risques pour autrui. Elle comporte le risque que d'autres soient lésés du fait d'actes fautifs commis par les [employés] par l'intermédiaire desquels l'entreprise est exploitée. Lorsque ces risques se concrétisent en un préjudice, il est juste que l'entreprise soit tenue de dédommager la personne lésée. »

⁶¹ 398 F.2d 167 à la p 171 (2d Cir 1968).

⁶² Comme l'a fait valoir la juge McLachlin, s'exprimant au nom de la Cour : « L'employeur plante dans la collectivité une entreprise qui comporte certains risques. Quand ces risques se matérialisent et causent un préjudice à un membre du public malgré les efforts raisonnables de l'employeur, il est juste que la perte soit assumée par la personne ou l'organisme qui a créé l'entreprise et, en conséquence, le risque. Cela concorde avec l'idée qu'il est juste et équitable que la personne à l'origine d'un risque assume la perte

La version de la responsabilité d'entreprise fondée sur la réciprocité ne tient pas compte de bon nombre d'aspects essentiels de la responsabilité du fait d'autrui. Premièrement, elle ne peut expliquer pourquoi les organismes de bienfaisance devraient être tenus responsables du fait d'autrui pour les délits civils commis par leurs employés, alors que les institutions altruistes ne tirent pas les avantages matériels requis pour que l'argument fondé sur la réciprocité trouve à s'appliquer à leur égard⁶³. Pourtant, il est de jurisprudence constante qu'ils peuvent se voir imputer la responsabilité du fait d'autrui⁶⁴. Deuxièmement, la réciprocité ne peut expliquer pourquoi la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur est illimitée quant à son montant plutôt que d'être plafonnée aux bénéfices ou à l'actif – réels ou éventuels – de l'entreprise⁶⁵. Troisièmement, ce raisonnement ne peut expliquer pourquoi l'entreprise n'est responsable que des *délits civils* commis par ses employés et non de l'ensemble des accidents survenus dans la poursuite du profit⁶⁶. Comme l'a fait valoir Glanville Williams :

[TRADUCTION]

Dans une action intentée contre l'employeur pour la négligence de l'employé, il est nécessaire d'établir la négligence de ce dernier. Or, il ne devrait pas en être ainsi si la raison sous-jacente de la règle de droit consiste à imputer à l'entreprise les pertes sociales causées par ses activités. Une perte causée sans négligence n'en demeure pas moins une perte qu'une perte causée par négligence. À titre d'exemple, ni une société commerciale ni ses chauffeurs-livreurs ne peuvent éviter certains accidents de la route; pourtant, de tels accidents font partie du coût social des activités de la société⁶⁷.

Quatrièmement, cette théorie peine à expliquer l'absence de responsabilité du fait d'autrui pour les entrepreneurs indépendants, puisqu'il s'agit d'une situation de profit mutuel, d'avantages et d'obligations réciproques⁶⁸. Or, comme le laissent entendre Stapleton et Atiyah, cette règle peut être préservée, si l'on accepte que [TRADUCTION] « l'avantage tiré des services d'un entrepreneur indépendant est fixe et prédéterminé, [tandis que] l'avantage tiré des services des employés est illimité⁶⁹ » ou tient d'un [TRADUCTION] « droit d'équité⁷⁰ ». Mais même en ajoutant cette précision supplémentaire, elle n'expliquerait pas pourquoi les bénéficiaires ou les actionnaires ne sont pas responsables du fait d'autrui pour les délits civils de leurs fiduciaires ou administrateurs, puisqu'eux aussi participent au capital de la société⁷¹. Une cinquième objection connexe tient au fait que le

qui résulte quand le risque se matérialise et cause un préjudice » (*Bazley, supra* note 23 au para 31). Voir également *Lister v Hesley, supra* note 6 au para 65, lord Millet. Pour une justification économique du risque d'entreprise, voir Simon Deakin, « "Enterprise-Risk": The Juridical Nature of the Finn Revisited » (2003) 32 *Indus LJ* 97.

⁶³ Voir Riggs, *supra* note 26 à la p 101, où il soutient que ces théories s'appliquent [TRADUCTION] « gauchement dans le cas d'organisations telles que les églises ou les Guides, qui, pourrait-on soutenir, ont été créées pour offrir des avantages et non pour en bénéficier ». Voir également Klar, *Tort Law, supra* note 4 à la p 581; McBride et Bagshaw, *supra* note 12 à la p 640, note 33; Williams, « Master's Indemnity », *supra* note 33 à la p 230; Schwartz, *supra* note 4 à la p 1750, note 61.

⁶⁴ Voir les sources invoquées, *supra* note 54.

⁶⁵ Voir Baty, *supra* note 3 à la p 147. Par exemple, en droit romain et en droit civil médiéval, il existait, dans de nombreuses situations commerciales, [TRADUCTION] « une équivalence entre la valeur des biens [engagés dans l'entreprise] et la responsabilité du propriétaire qui en découlait » (David Johnston, « Limiting Liability: Roman Law and the Civil Law Tradition » (1995) 70 *Chicago-Kent L Rev* 1515 à la p 1536; voir également R Zimmerman, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996 à la p 1118.

⁶⁶ Alan O Sykes, « An Efficiency Analysis of Vicarious Liability under the Law of Agency » (1981) 91 *Yale LJ* 168 à la p 173.

⁶⁷ Williams, « Master's Indemnity », *supra* note 33 à la p 442.

⁶⁸ Voir Harold J Laski, « The Basis of Vicarious Liability » (1916) 26 *Yale LJ* 105; McBride et Bagshaw, *supra* note 12 aux pp 639–40; Stapleton, *supra* note 57 à la p 190. Comme le fait valoir Baty, *supra* note 3 à la p 32, si la réciprocité était prise au pied de la lettre, toute personne qui prend un taxi se retrouverait [TRADUCTION] « dans une situation peu enviable »! De même, comme l'a soutenu Williams : [TRADUCTION] « Dans une société fondée sur la division du travail, nous bénéficions constamment tous du travail des autres, mais cela ne nous rend pas, et ne peut nous rendre, légalement responsables de leur méchanceté et de leurs fautes » (voir « Master's Indemnity », *supra* note 33 à la p 230). Voir également Klar, *Tort Law, supra* note 4 à la p 586.

⁶⁹ Stapleton, *supra* note 57 aux pp 190–91.

⁷⁰ Atiyah, *supra* note 10 à la p 18.

⁷¹ Atiyah lui-même relève ce fait plus loin dans la même page, mais n'en saisit pas l'importance : [TRADUCTION] « Si une entreprise réalise, au cours d'un exercice donné, des profits particulièrement élevés grâce aux efforts de son personnel, elle peut certes être

raisonnement fondé sur la réciprocité ne peut expliquer pourquoi la responsabilité du fait d'autrui est limitée à la relation employé-employeur, car, si ce raisonnement était pris au sérieux, la common law instituerait un régime de responsabilité stricte pour les délits civils commerciaux⁷² – ce qui n'est manifestement pas l'état du droit⁷³. Sixièmement et enfin, le raisonnement fondé sur la réciprocité peine à expliquer pourquoi l'employé demeure personnellement responsable de son délit civil, même après que celui-ci a été imputé à l'entreprise de l'employeur, alors même que ce raisonnement repose sur l'idée que c'est l'entreprise qui en tire profit et qu'il lui incombe, pour cette raison, d'en supporter la charge⁷⁴.

Malheureusement, la version de ce raisonnement fondé sur le risque d'entreprise ne permet pas davantage d'expliquer les limites actuelles de la responsabilité du fait d'autrui, si ce n'est dans la mesure où elle permettrait d'imputer cette responsabilité aux organismes de bienfaisance⁷⁵. Au demeurant, poussée jusqu'à sa conclusion logique, cette explication créerait une divergence encore plus grande avec le droit en l'état que ne le fait la version fondée sur la réciprocité, puisqu'elle sanctionnerait un régime général de responsabilité stricte pour la création de tous risques, par opposition à un régime circonscrit par la recherche du profit⁷⁶. Par conséquent, à l'instar des raisonnements fondés sur le contrôle, le dédommagement, la dissuasion et l'étalement des pertes, la responsabilité d'entreprise – sous ses deux formes – ne saurait prétendre expliquer la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui.

F. POLITIQUE MIXTE

Étant donné que, prises isolément, les principales justifications de la responsabilité du fait d'autrui ne parviennent pas à expliquer les contours de la doctrine, de nombreux juristes éminents ont soutenu qu'elle

confrontée, l'exercice suivant, à des demandes d'augmentation salariale. Il n'en demeure pas moins que les superbénéfices réalisés par l'entreprise pour cet exercice profitent en définitive aux actionnaires ordinaires » (*ibid.*).

⁷² Voir Schwartz, *supra* note 4 à la p 1750, note 61.

⁷³ Cane, *Anatomy*, *supra* note 29 à la p 46, note 16 (La théorie de la réciprocité [TRADUCTION] « justifierait l'imputation de la responsabilité stricte dans un large éventail de situations dans lesquelles elle n'est actuellement pas imposée »). La situation est bien sûr différente dans de nombreux ressorts des États-Unis qui ont adopté des régimes prétoriens de responsabilité du fait des produits. Ainsi, bon nombre des principaux articles américains sur le sujet ne cherchent pas tant à expliquer la responsabilité du fait d'autrui qu'à montrer que celle-ci s'inscrit dans le corpus croissant du droit en matière de responsabilité du fait des produits. Voir, par exemple, Keating, *supra* note 58; Robert L Rabin, « Some Thoughts on the Ideology of Enterprise Liability » (1996) 55 Md L Rev 1190.

⁷⁴ Voir le jugement rendu par le juge La Forest dans l'arrêt *London Drugs*, *supra* note 34, dans lequel il préconise l'abolition de la responsabilité personnelle de l'employé. Voir également Stapleton, *supra* note 57 à la p 193, préconisant une telle démarche.

⁷⁵ On peut soupçonner que la Cour suprême a adopté cette version de la théorie parce que la défenderesse dans l'arrêt *Bazley* était un organisme de bienfaisance qui ne tirait pas les profits financiers nécessaires pour engager sa responsabilité par application de la version de la théorie tirée de la réciprocité. Tout en justifiant la responsabilité du fait d'autrui des organismes de bienfaisance, la théorie soulève d'autres problèmes, notamment celui de justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui aux parents pour les délits civils de leurs enfants (voir Markesinis, *Markesinis and Deakin*, *supra* note 12 à la p 572, note 233).

⁷⁶ Comme le demande Klar à propos de l'arrêt *Bazley* : [TRADUCTION] « [La création de risques] ne constituerait-elle pas une raison suffisante pour introduire un régime de responsabilité stricte en matière de responsabilité du fait des produits, par exemple? La juge McLachlin (tel était alors son titre) signale-t-elle une volonté de la part de la Cour suprême de repenser l'engagement du droit canadien de la responsabilité civile délictuelle envers le droit en matière de négligence et de s'orienter plus résolument vers la responsabilité stricte [...]? » (« Judicial Activism », *supra* note 24 à la p 238). Pour une préoccupation semblable, voir « Master's Indemnity », *supra* note 33 à la p 439, où Williams soutient que [TRADUCTION] « la prévention des dommages n'est généralement pas considérée comme le seul objectif [...] du droit de la responsabilité civile délictuelle. Si tel était le cas, cet argument aboutirait à l'application de la responsabilité stricte pour les dommages causés par le défendeur, si éloignés soient-ils. [...] [P]areil état du droit ne serait ni pratique ni juste. » Voir également Rogers, *Winfield and Jolowicz*, *supra* note 4 à la p 704. Pour un rejet jurisprudentiel mûrement réfléchi de la responsabilité stricte généralisée, voir *Wagener v Pharmacare Ltd*, [2003] All SA 167 (SCA).

s'explique plutôt par une combinaison de ces considérations de politique générale⁷⁷. Comme l'a fait remarquer Bryant Smith en 1949 dans une intervention restée célèbre :

[TRADUCTION]

[E]n supposant que cette doctrine doive être justifiée, sa justification ne réside-t-elle pas plus correctement dans le raisonnement suivant? Les employeurs sont responsables des dommages causés par la négligence de leurs employés à des tiers pour les raisons suivantes : 1. En règle générale, l'employeur contrôle la conduite des affaires et se trouve donc habituellement mieux placé que [...] quiconque, hormis l'employé [...], pour prévenir de tels dommages. 2. En général, c'est l'employeur qui choisit l'employé et, là encore, dispose, contrairement aux tiers, de la possibilité de limiter les risques par un choix prudent et éclairé. 3. Ordinairement, l'employé accomplit le travail de l'employeur, donc il n'est pas faux de considérer le risque comme l'un des aléas de l'activité. Afin de protéger l'employeur contre une responsabilité qui dépasse la portée de ce principe, celle-ci est toutefois limitée aux préjudices causés « dans le cadre de l'emploi ». 4. En règle générale, l'employeur en tire les bénéfices. [...] 5. Dans la plupart des cas, quoique pas toujours, l'employeur est mieux en mesure de payer et, entre lui et le tiers innocent, il est juste de faire peser sur lui le risque lié à l'incapacité de l'employé à payer. [...] 6. Habituellement, quoique pas toujours, l'employeur est mieux placé que le tiers pour répartir le risque sur l'ensemble de la collectivité. Et ainsi de suite pour les [...] raisons qui pourraient être invoquées⁷⁸.

Bien que l'on puisse espérer que la combinaison de ces raisonnements permette d'expliquer les contours de la responsabilité du fait d'autrui, plusieurs considérations incitent à en douter. Premièrement, certains de ces raisonnements manquent de cohérence. Comme l'explique Flannigan, [TRADUCTION] « [l]a justification fondée sur la bourse bien garnie impute la responsabilité à l'employeur parce qu'il est capable de supporter la perte, tandis que la justification fondée sur la répartition des pertes lui impute la responsabilité parce qu'il est en mesure d'éviter de la supporter⁷⁹ ». Deuxièmement, même combinés, bon nombre des aspects fondamentaux de la responsabilité du fait d'autrui restent difficiles à expliquer. Ainsi, Stapleton souligne qu'aucune des justifications modernes – à l'exception possible de certaines variantes du raisonnement fondé sur la dissuasion – ne justifierait de limiter la responsabilité de l'employeur aux seuls dommages causés de manière délictueuse⁸⁰. De même, John G Fleming soutient que la démarche fondée sur la combinaison des raisonnements tend à évacuer la responsabilité personnelle de l'employé pour la faire peser exclusivement sur l'employeur⁸¹. Troisièmement, la démarche fondée sur la combinaison des raisonnements éprouverait encore des difficultés à circonscrire la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui à ses limites contemporaines bien établies, puisque tous les raisonnements invoqués – à l'exception peut-être de certaines variantes de la responsabilité d'entreprise – tendraient à imputer aux parents la responsabilité des délits civils de leurs enfants. En raison de ces lacunes, il semble évident que les considérations de politique générale combinées pourraient étayer de nombreux régimes de responsabilité du fait d'autrui, de sorte que, même prises ensemble, elles n'expliquent pas vraiment pourquoi nous avons ces règles doctrinales plutôt que d'autres. Dès lors, bien qu'il soit possible de prétendre que les limites doctrinales actuelles de la responsabilité du fait d'autrui sont la concrétisation parfaite des raisonnements fondés sur le contrôle, le dédommagement, la dissuasion, l'étalement des pertes et la responsabilité d'entreprise

⁷⁷ Voir Fleming, *supra* note 20 à la p 410; Rogers, *Winfield and Jolowicz, ibid* à la p 704; Markesinis et Unberath, *supra* note 32 à la p 694; Stephen Waddams, *Dimensions of Private Law: Anglo-American Categories and Concepts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 aux pp 102-04.

⁷⁸ Bryant Smith, « Cumulative Reasons and Legal Method » (1948-49) 27 Tex L Rev 454 aux pp 458-59.

⁷⁹ Flannigan, *supra* note 24 à la p 28.

⁸⁰ Stapleton, *supra* note 57 à la p 193. Voir également Fleming, *supra* note 20 à la p 410.

⁸¹ Fleming, *supra* note 20 à la p 411. Voir également la décision du juge La Forest dans l'affaire *London Drugs*, *supra* note 34 aux pp 339-40 :

En l'espèce, il s'agit de savoir si l'élimination de la responsabilité de l'employé influencerait sensiblement sur les considérations de principe qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui. À mon avis, cela influencerait favorablement sur les considérations [en matière de réciprocité] et [d'étalement des pertes] susmentionnées et aurait des répercussions minimales sur la [dissuasion]. [...] À mon avis, l'élimination de la possibilité que l'employé assume la perte est non seulement logiquement compatible avec le régime de la responsabilité du fait d'autrui, mais elle est aussi rendue nécessaire en pratique, compte tenu de l'évolution de la logique sur laquelle ce régime se fonde. [...]

– combinant de manière optimale leur logique et équilibrant parfaitement toutes leurs contradictions et incohérences – soutenir que tel est effectivement le cas [TRADUCTION] « relèverait d’une coïncidence digne de Pangloss⁸² ».

III. EXPLICATION DE LA RESPONSABILITÉ DU FAIT D’AUTRUI

Après avoir écarté les principaux raisonnements invoqués pour expliquer la responsabilité du fait d’autrui, le présent article exposera maintenant une théorie qui explique de manière globalisante cette doctrine⁸³. Nous estimons que la plupart des raisonnements dominants commettent l’erreur d’être centrés presque exclusivement sur la relation entre l’employeur et la victime du délit civil ainsi que sur les objectifs qui seraient atteints si la responsabilité était retenue. L’argument qu’invoque le présent article est qu’il ne s’agit pas là de la bonne relation sur laquelle se focaliser. Il convient plutôt de porter l’attention sur la relation employé-employeur. C’est donc dans le domaine contractuel que le mystère de la responsabilité du fait d’autrui trouvera sa solution.

Nous soutenons que lorsque la responsabilité du fait d’autrui est envisagée sous cet angle, on peut trouver une justification convaincante de la doctrine dans la relation entre l’employeur et l’employé, plus précisément dans la promesse implicite que fait l’employeur, dans le cadre du contrat de travail, d’indemniser l’employé pour les préjudices – y compris la responsabilité en droit – qu’il subit dans l’exercice des activités de l’employeur. Ainsi, si les notions de contrôle, de la bourse bien garnie, de la réciprocité et de l’équité interviennent bien dans l’analyse de la responsabilité du fait d’autrui, elles y jouent un rôle différent de celui que leur attribuent généralement ceux qui expliquent cette doctrine.

L’examen de la relation employé-employeur permet de comprendre immédiatement pourquoi une telle promesse implicite serait à la fois sensée et équitable. Si A s’engage à vendre sa main-d’œuvre à B afin qu’elle soit utilisée dans l’entreprise de ce dernier, A exigera que B assume une partie du risque lié à son action. A dira que cette exigence est raisonnable pour deux raisons : d’abord, parce que B en tirera l’essentiel du bénéfice, puisque A travaille en contrepartie d’un salaire fixe; ensuite, parce que A travaillera sous le contrôle et la direction de B. Pour répondre à ces préoccupations, B promettra d’indemniser A pour certains des frais engagés par elle en agissant dans l’intérêt de B. Cette promesse d’indemnisation ne sera toutefois pas illimitée : elle sera plutôt circonscrite aux préjudices liés à l’emploi de A, puisque c’est uniquement dans le cadre de cet emploi que B retire un avantage.

La question qui se pose alors est celle de l’étendue des préjudices pour lesquels A sera indemnisée. Il semble justifié que la responsabilité en droit pour simple négligence soit prise en charge, puisque [TRADUCTION] « [m]ême la personne la plus prudente commet parfois des erreurs⁸⁴ ». Il semblerait également justifié que la responsabilité pour les délits civils intentionnels soit prise en charge lorsque le délit civil découle d’une [TRADUCTION] « situation de conflit⁸⁵ » créée par l’employeur *et* que les actes de l’employé peuvent être considérés comme relevant de l’exécution de bonne foi du contrat de travail⁸⁶. En revanche, la responsabilité en

⁸² Weinrib, *Private Law*, *supra* note 18 à la p 41.

⁸³ Certaines parties de cette section reprennent les grandes lignes de la théorie que j’ai présentée auparavant, seul ou en collaboration avec d’autres : voir Jason W Neyers, « Canadian Corporate Law, Veil-Piercing and The Private Law Model Corporation » (2000) 50 UTLJ 173; JW Neyers et D Stevens, « Vicarious Liability in the Charity Sector » [à paraître dans *Can Bus LJ*].

⁸⁴ Williams, « Master’s Indemnity », *supra* note 33 à la p 444. Comme l’a souligné lord Nicholls dans l’arrêt *Dubai*, *supra* note 49 au para 21 : [TRADUCTION] « [L]a responsabilité du fait des mandataires ne devrait pas être strictement limitée aux actes accomplis avec l’autorisation de l’employeur. On peut s’attendre à ce que des négligences se produisent de temps à autre. Chacun commet parfois des fautes. »

⁸⁵ Voir *Bazley*, *supra* note 23 au para 17. Voir également *Lister v Hesley Hall*, *supra* note 6 au para 80, lord Millet.

⁸⁶ Comme l’ont déclaré les juges Gummow et Hayne dans leur jugement conjoint dans l’arrêt *Lepore*, *supra* note 5 au para 234 : [TRADUCTION] « De nombreuses affaires dans lesquelles on cherche à retenir la responsabilité du fait d’autrui d’un employeur pour le délit civil commis intentionnellement par un employé peuvent être tranchées au moyen du premier de ces éléments. L’acte reproché

droit pour d'autres délits civils intentionnels, de même que celle fondée sur la négligence grossière⁸⁷ serait exclue, puisqu'il ne semblerait guère rationnel qu'un employeur indemnise pour des écarts de conduite et des transgressions sans lien avec le travail et sur lesquels l'employé exerce un quelconque contrôle véritable⁸⁸.

L'action en responsabilité du fait d'autrui engagée contre l'employeur se décline donc de la manière suivante. Lorsqu'une employée commet un délit civil dans le cadre de son emploi, sa victime dispose d'un droit de poursuite à l'encontre de son patrimoine. Si le délit civil a été commis dans le cadre de l'emploi – c'est-à-dire s'il satisfait aux conditions ouvrant droit à indemnisation –, l'un des éléments du patrimoine de l'employée consiste en son droit à indemnisation opposable à l'employeur. L'employée peut dès lors dédommager la victime du délit civil en lui cédant ce droit précieux⁸⁹. Étant donné que dans la plupart des cas, c'est l'employeur qui paiera effectivement, la règle de droit évite le doublement des recours en permettant à la victime du délit civil d'agir directement contre l'employeur sans nécessairement joindre l'employée⁹⁰. Ainsi, l'employeur devient

peut être considéré comme ayant été censément accompli dans le cadre de l'exercice délibéré de la tâche pour laquelle l'employé a été engagé. » Pour un point de vue semblable, voir *Lister v Hesley Hall*, *supra* note 6 au para 17, lord Steyn : [TRADUCTION] « Il est facile d'accepter l'idée que lorsqu'un employé agit dans l'intérêt de son employeur, ou a l'intention de le faire, cela constitue une preuve solide qu'il avait agi dans l'exercice de ses fonctions »; *Dubai*, *supra* note 49 au para 30, lord Nicholls. Les arrêts classiques pouvant s'expliquer sur cette base comprennent notamment : *Dyer v Munday*, [1895] 1 QB 742 (CA) (personne faisant la reprise de possession d'ameublement); *Poland v Parr*, [1927] 1 KB 236 (CA) (employé protégeant les biens de son employeur contre le vol); *Daniels v Whetstone Entertainments, Ltd.*, [1962] 2 Lloyd's Rep 1 (CA) (videur de salle de danse); *Ryan v Fildes*, [1938] 3 All ER 517 (KB) (discipline des enseignants); *Racz v Home Office*, [1994] 2 AC 45 (HL) (agents pénitentiaires trop zélés); *Brown v Robinson*, [2004] UKPC 56 (agent de sécurité trop zélé). L'arrêt *Dubai*, *supra* note 49 ayant trait à une société de personnes peut également s'expliquer sur cette base. Voir le jugement de lord Nicholls au paragraphe 35, où il soutient que l'associé en cause [TRADUCTION] « cherchait à faire la promotion des activités de l'entreprise ».

⁸⁷ Bien que la négligence grossière ait été décrite comme un terme [TRADUCTION] « qui ne peut être défini » (*Occhino v Winnipeg (City)* (1988), 51 DLR (4^e) 546 à la p 548 (MBCA)) ou comme rien de plus qu'une négligence accompagnée d'une [TRADUCTION] « épithète injurieuse » (*Wilson v Brett* (1843), 11 M & W 113 à la p 115), nous estimons qu'une définition pratique de la notion serait [TRADUCTION] « une façon d'agir dans laquelle [...] il y a écart très marqué vis-à-vis des normes habituellement suivies par les personnes responsables et compétentes [...] » : *McCulloch v Murray*, [1942] SCR 141 à la p 145, juge en chef du Canada Duff, approuvé dans *Goulais c Restoule et al.*, [1975] 1 RCS 365. Pour une définition légèrement différente dans la même veine, voir *Canada v Canada Steamship Lines Ltd.*, [1950] SCR 532 à la p 537, juge en chef du Canada Rinfret (« [La] faute lourde consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs affaires »). Quoi qu'il en soit, les questions de négligence grossière sont souvent en cause lorsqu'on invoque les clauses d'exclusion et d'indemnisation dans d'autres contextes : voir, par exemple, *The Hellespont Ardent*, [1997] 2 Lloyd's Rep 547 (QBD); *The Happy Ranger*, [2001] 2 Lloyd's Rep 530 (QBD).

⁸⁸ Par conséquent, ce ne sont pas tous les délits civils commis par l'employée qui a la conviction qu'ils serviraient les intérêts de son employeur qui seront indemnisés : voir *Kay v ITW Ltd.*, [1968] 1 QB 140 (CA) à la p 154, lord juge Sellers; Dugdale, *Clerk & Lindsell*, *supra* note 10 à la p 238; Rogers, *Windfield and Jolowicz*, *supra* note 4 à la p 716.

⁸⁹ Il peut paraître insolite de soutenir qu'il est possible de céder un droit à indemnisation, puisqu'on part généralement de l'hypothèse que, pour exercer un tel droit, il faut d'abord « payer avant d'être remboursé ». En général, cette hypothèse est erronée. Comme l'a expliqué lord Brandon dans *Firma C-Trade SA v Newcastle P & I Assn*, [1991] 2 AC 1 à la p 28 [*The Padre Island*] :

[TRADUCTION]

Il ne fait aucun doute que, avant l'adoption des lois intitulées *Supreme Court of Judicature Acts 1873 et 1875*, il y avait une différence entre les recours que l'on pouvait invoquer pour exécuter un contrat ordinaire d'indemnisation [...] en common law, d'une part, et en equity, d'autre part. En common law, l'indemnitaire devait lui-même d'abord s'acquitter de l'obligation avant de pouvoir intenter à la partie indemnistrice une action en dommages-intérêts pour rupture de contrat. En equity, on pouvait prescrire l'exécution en nature d'un contrat ordinaire d'indemnisation en ordonnant que la partie indemnistrice paie le montant en cause directement au tiers bénéficiaire de l'obligation ou [...] à la partie devant être indemnisée. [...] Il ne fait également aucun doute que, depuis l'adoption des lois intitulées *Supreme Court of Judicature Acts 1873 et 1875*, le recours en equity a supplanté le recours en common law.

Voir également *Johnson v Salvage Association* (1887), 19 QBD 458 (CA); *British Union and National Insurance Co v Rawson*, [1916] 2 Ch 476 (CA). Par conséquent, une employée peut céder ce droit à indemnisation à la victime d'un délit civil, et cette dernière, se trouvant à la place de l'employée, peut demander à l'employeur de lui verser l'intégralité de l'indemnité.

⁹⁰ David Stevens, « The Regulation of Takeovers and the Idea of the Corporation » [1994/95] *Meredith, Lectures* 372 à la p 422; Neyers, *supra* note 83 aux pp 197–98. Une critique que l'on pourrait formuler à propos de la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée

responsable du fait d'autrui parce que la victime du délit civil est subrogée dans le droit à indemnisation de l'employée.

Le test suivant pour la théorie consiste à déterminer si elle peut ou non expliquer les caractéristiques centrales ainsi que les limites de la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui. Nous soutenons que le modèle fondé sur l'indemnisation peut expliquer ces faits doctrinaux. Premièrement, contrairement aux raisonnements fondés sur le dédommagement et sur la responsabilité d'entreprise, la théorie permet d'expliquer pourquoi la responsabilité du fait d'autrui ne peut être engagée que si l'employé a commis un délit civil plutôt que d'avoir simplement porté préjudice au demandeur. Cela tient au simple fait que si l'employé n'a commis aucun délit civil et n'encourt, par conséquent, aucune responsabilité, il n'existe alors aucun préjudice indemnisable.

Deuxièmement, la théorie explique pourquoi l'auteur du délit doit être un employé. En effet, s'il ne l'est pas, il ne disposera d'aucun droit à indemnisation opposable à la personne dont on cherche à engager la responsabilité du fait d'autrui. Cette logique explique également pourquoi la responsabilité du fait d'autrui n'est pas retenue dans les diverses autres relations évoquées à la partie I. Ainsi, la responsabilité du fait d'autrui d'un parent, en tant que parent, n'est pas engagée en raison des délits civils de ses enfants, puisque leur présumé défaut d'intention de nouer des relations juridiques exclut la possibilité de faire naître un contrat d'indemnisation⁹¹. La responsabilité du fait d'autrui d'un supérieur hiérarchique n'est pas engagée à l'égard d'un subordonné, puisque ce dernier bénéficie d'un droit à indemnisation opposable à leur employeur commun, et non au supérieur lui-même. De façon analogue, les bénéficiaires ne sont généralement pas responsables du fait d'autrui pour les délits civils commis par leurs fiduciaires, ceux-ci bénéficiant d'un droit à indemnisation opposable à la masse fiduciaire plutôt qu'à tout bénéficiaire⁹². Dans la même veine, les actionnaires ne sont pas responsables du fait d'autrui pour les actes des employés et des administrateurs de la société, ceux-ci bénéficiant d'un droit à indemnisation opposable au patrimoine de la société⁹³. Enfin, les employeurs ne sont pas responsables du fait d'autrui pour les délits civils commis par des entrepreneurs indépendants, puisque ceux-ci agissent pour leur propre compte et dans leur propre intérêt financier et ne bénéficient, dès lors, d'aucun droit à indemnisation⁹⁴. En réalité, une entrepreneure indépendante est tenue d'indemniser la personne qui a retenu ses services si elle commet une faute de nature à engager la responsabilité civile de cette personne⁹⁵.

sur l'indemnisation est le fait qu'en autorisant une action directe contre l'employeur, elle accorde à la victime une priorité de rang en matière de faillite par rapport aux autres créanciers d'un employé insolvable. Au demeurant, selon cet argument, cela va à l'encontre de la décision controversée de la Cour d'appel anglaise dans *In Re Harrington Motor Company, Ltd*, [1928] Ch 105 (CA) [*Re Harrington*], qui a jugé que le syndic de faillite a le devoir de demander à la partie indemnitrice de verser le montant en cause directement à la faillite afin que ces fonds puissent être répartis au prorata entre ses créanciers. Formuler une réponse complète à cette critique déborderait le cadre du présent article, mais une réponse partielle peut être donnée comme suit. Premièrement, la critique ne s'applique pas aux situations où le droit à indemnisation a été cédé explicitement ou implicitement avant la faillite, parce que l'employée en serait alors titulaire (voir, par exemple, l'analyse du lord juge Lawrence dans l'arrêt *Re Harrington* aux pp 124-25). Deuxièmement, même après la faillite, il n'est pas du tout certain que la décision rendue dans l'arrêt *Re Harrington* survive à la décision de *Leurs Seigneuries dans Lord Napier and Ettrick v Hunter*, [1993] AC 713, qui accorde un droit de nature propriétaire à ceux qui ont le droit d'être subrogés. Quoi qu'il en soit, il faut admettre que si les tribunaux du Commonwealth adoptaient le modèle de la responsabilité du fait d'autrui fondé sur l'indemnisation, ils devraient, tout comme leurs législateurs respectifs, sérieusement se pencher sur la question de la priorité de rang en matière de faillite au regard des régimes d'insolvabilité existants.

⁹¹ *Balfour v Balfour*, [1919] 2 KB 571 (CA); *Jones v Padavatton*, [1969] 2 All ER 616 (CA). Comme il est mentionné ci-dessus, *supra* note 15, la responsabilité du fait d'autrui des parents sera engagée si la présomption a été réfutée et que leurs enfants sont devenus leurs employés.

⁹² Voir les sources invoquées, *supra* note 17.

⁹³ Voir Neyers, *supra* note 83 aux pp 197-99.

⁹⁴ Pour les arrêts définissant la distinction entre employés et entrepreneurs indépendants en ces termes, voir les sources invoquées dans la partie IV, *infra*.

⁹⁵ Voir *Honeywill & Stein Ltd v Larkin Brothers Ltd*, [1934] 1 KB 191 (CA) [*Honeywill & Stein*].

Troisièmement, la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation peut également expliquer pourquoi une employeuse n'est responsable que des délits civils commis par son employée dans le cadre de son emploi. Comme il a été indiqué ci-dessus, cela s'explique par le fait que ce n'est que lorsque l'employée agit pour le compte de l'employeuse que cette dernière aura la possibilité de tirer profit, ce qui justifie l'indemnisation. La responsabilité du fait d'autrui qui en découle est donc circonscrite à ces seules circonstances.

Quatrièmement, cette théorie de la responsabilité du fait d'autrui explique pourquoi l'employée et l'employeuse sont considérées comme auteures conjointes du délit civil et sont, à ce titre, susceptibles de poursuite par la victime. La réponse est simple : l'employeuse peut être actionnée parce que la victime du délit civil est subrogée dans le contrat d'indemnisation, et l'employée parce qu'elle a commis un délit civil.

Cinquièmement et enfin, à la différence des raisonnements fondés sur la responsabilité d'entreprise, l'étalement des pertes ou le dédommagement, la théorie explique également comment la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui peut coexister de manière cohérente avec le régime plus omniprésent de la faute. Le modèle de la responsabilité du fait d'autrui proposé ici ne soulève aucune difficulté, dès lors que, selon ce modèle, l'employeuse *n'est pas responsable* par suite d'une quelconque quasi-faute ou par application d'un principe de responsabilité stricte fondé sur le gain, c'est-à-dire une analyse délictuelle, mais plutôt parce qu'elle a assumé une responsabilité relevant du régime contractuel.

IV. OBJECTIONS POSSIBLES À LA THÉORIE

Si la théorie fondée sur l'indemnisation explique les caractéristiques centrales et les limites doctrinales de la responsabilité du fait d'autrui, plusieurs objections possibles peuvent lui être opposées. Les quatre objections les plus décisives sont les suivantes. Premièrement, cette théorie est catégoriquement contredite par une jurisprudence de tout premier plan, à savoir la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *Lister v Romford Ice & Cold Storage*⁹⁶. Deuxièmement, la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur le contrat ne peut expliquer comment cette responsabilité pourrait être une règle de droit, car si cette théorie était exacte, tous les employeurs excluraient désormais explicitement le droit à indemnisation dans tous les contrats de travail. Troisièmement, cette théorie ne peut expliquer les arrêts phares, tant classiques que contemporains, qui ont retenu la responsabilité pour les délits civils intentionnels, lesquels ne sauraient en aucun cas être qualifiés d'efforts de bonne foi en vue de l'exécution du contrat de travail. Relèvent notamment de cette catégorie les arrêts suivants : *Lloyd v Grace, Smith & Co*⁹⁷, *Morris v CW Martin & Sons Ltd*⁹⁸, *Bazley c Curry*⁹⁹ et *Lister v Hesley Hall Ltd*¹⁰⁰. Enfin, quatrièmement, la théorie est restrictive puisqu'elle ne peut expliquer pourquoi la responsabilité du fait d'autrui est retenue dans des contextes non contractuels, comme ceux que l'on trouve dans les contextes de [TRADUCTION] « délégation occasionnelle » illustrés par des arrêts tels que *Ormrod v Crosville Motor Services Ltd*¹⁰¹. Ces objections possibles seront maintenant examinées successivement.

A. CONFLIT AVEC L'ARRÊT *LISTER V ROMFORD*

Comme il a été indiqué ci-dessus, la principale difficulté à accepter la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation tient à son incompatibilité avec l'arrêt de la Chambre des lords dans *Lister v*

⁹⁶ [1957] AC 555 (HL) [*Lister v Romford*].

⁹⁷ [1912] AC 716 (HL) [*Lloyd*].

⁹⁸ [1966] 1 QB 716 (CA) [*Morris*].

⁹⁹ *Supra*, note 23.

¹⁰⁰ *Supra*, note 6.

¹⁰¹ [1953] 1 WLR 1120 (CA) [*Ormrod*]. Voir également *Carberry v Davies*, [1968] 2 All ER 817 (CA).

*Romford Ice & Cold Storage Co*¹⁰². Les faits de cette affaire sont les suivants. Le défendeur était employé de la société demanderesse. En reculant son camion dans la cour d'un client, le défendeur a, par négligence, heurté son père, lui-même également employé de la société. Le père a ensuite obtenu des dommages-intérêts contre la société en raison de la négligence de son fils. À la demande de ses assureurs, la société a alors intenté une action contre le fils défendeur, soutenant que celui-ci devait indemniser la société/les assureurs au motif qu'il avait violé une clause implicite de son contrat de travail l'obligeant à faire preuve d'une compétence et d'une prudence raisonnables en conduisant. Le fils a opposé deux moyens de défense : premièrement, qu'il existait une clause implicite dans son contrat de travail selon laquelle la société l'indemniserait contre toute réclamation ou procédure engagée contre lui pour tout acte accompli dans le cadre de son emploi; ou, subsidiairement et deuxièmement, qu'il existait une clause implicite selon laquelle il bénéficierait de la couverture offerte par toute police d'assurance souscrite par son employeur. À une faible majorité¹⁰³, Leurs Seigneuries ont donné raison à l'employeur et ont établi qu'en common law, un employeur irréprochable tenu responsable du fait d'autrui pour le délit civil commis par son employé pouvait effectivement exercer un recours en indemnisation contre ce dernier.

Si en effet l'arrêt *Lister v Romford* énonçait correctement l'état du droit, il serait alors impossible pour la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation d'expliquer adéquatement l'état du droit. Toutefois, tout porte à croire que la doctrine formulée dans *Lister v Romford* est erronée¹⁰⁴. De nombreuses sources permettent d'étayer cette conclusion. Premièrement, cette décision fait l'objet de critiques soutenues¹⁰⁵. Deuxièmement, de nombreux ressorts de common law ont soit abrogé cette doctrine par voie législative¹⁰⁶, soit cherché à en atténuer les rigueurs au moyen d'[TRADUCTION] « engagements fondés sur l'honneur » conclus entre employeurs et assureurs, garantissant qu'elle ne sera pas appliquée¹⁰⁷. Troisièmement, saisis d'arguments mettant en cause la validité de l'arrêt *Lister v Romford*, divers tribunaux du Commonwealth ont cherché à en

¹⁰² Cette théorie est évidemment également en conflit avec des arrêts qui s'appuient largement sur l'arrêt *Lister v Romford*, tels que l'arrêt *Reid v Rush & Tompkins Group plc*, [1990] 1 WLR 212 (CA). Nous estimons que les motifs qui remettent en question *Lister v Romford* remettent également en question *Reid v Rush & Tompkins*.

¹⁰³ La majorité était formée du vicomte Simonds, de lord Morton de Henryton et de lord Tucker; lord Radcliffe et lord Somervell de Harrow ont exprimé leur dissidence. L'arrêt *Lister v Romford* est [TRADUCTION] « l'un de ces arrêts où l'on a le sentiment qu'un léger changement dans la composition du comité d'appel aurait donné une autre orientation au droit » : *White v Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1999] 2 AC 455 (HL) à la p 501, lord Hoffmann analysant l'arrêt *McLoughlin v O'Brian*, [1983] 1 AC 410 (HL).

¹⁰⁴ Je parle de la doctrine, car la décision elle-même peut être correctement fondée sur le fait que les actes de l'employé étaient d'une négligence si grave qu'elles dépassaient le « cadre de l'emploi ».

¹⁰⁵ Voir, par exemple, Atiyah, *supra* note 10 à la p 426 : [TRADUCTION] « Il est évident que toutes les assises de la responsabilité du fait d'autrui telles qu'elles existent aujourd'hui seraient sérieusement ébranlées si les employeurs faisaient de l'exercice d'actions en indemnisation contre leurs employés une pratique courante »; Markesinis, *Markesinis and Deakin*, *supra* note 12 à la p 597 ([TRADUCTION] « il faut espérer que la Chambre des lords [...] remédiera à cette lacune. *De lege ferenda*, il serait donc préférable de limiter ce droit à indemnisation aux cas où l'employé a causé intentionnellement un préjudice à la victime »); Rogers, *Winfield and Jolowicz*, *supra* note 4 à la p 725 ([TRADUCTION] « ce [...] principe est injustifiable dans le monde moderne »); Fleming, *supra* note 20 à la p 299; Trindade et Cane, *supra* note 12 à la p 744; Klar, *Tort Law*, *supra* note 4 aux pp 581–82, note 206; Geoff England, *Individual Employment Law*, Toronto, Irwin Law, 2000 à la p 52. Pour une appréciation favorable de cet arrêt, voir JA Jolowicz, « The Right to Indemnity between Master and Servant » (1956) Cambridge LJ 101 (Jolowicz, « Master and Servant »).

¹⁰⁶ Cela s'est produit dans plusieurs États australiens; pour une liste et une analyse, voir Fleming, *supra* note 20 à la p 298 et Queensland Law Reform Commission, *Vicarious Liability*, rapport n° 56 (décembre 2001).

¹⁰⁷ C'est toujours le cas au Royaume-Uni. Pour une description de l'accord, voir la décision du maître des rôles, lord Denning, dans *Morris v Ford Motor Co*, [1973] 1 QB 792 (CA) aux pp 798–99 [Ford]; Atiyah, *supra* note 10 aux pp 426–27. Pour une critique de ce type de réglementation, voir Richard Lewis, « Insurers' Agreements not to enforce Strict Legal Rights: Bargaining with Government and in the Shadow of the Law » (1985) 48 Mod L Rev 275; Gerald Gardiner, « Reports of Committees » (1959) 22 Mod L Rev 653.

restreindre la portée¹⁰⁸ et même à préconiser son abolition¹⁰⁹. Quatrièmement, la plupart des ressorts de droit civil ne connaissent aucune règle analogue (bien qu'ils partagent avec la common law une doctrine de responsabilité du fait d'autrui)¹¹⁰. À la lumière de toutes ces considérations, on peut solidement soutenir que, s'agissant de la question de l'indemnisation, l'arrêt *Lister v Romford* est entaché d'erreur. Ce consensus a sans doute été le mieux résumé par Williams, qui a soutenu ce qui suit :

[TRADUCTION]

Dans l'ensemble, nous estimons qu'il serait juste et équitable, et conforme à la raison d'être contemporaine de la responsabilité du fait d'autrui qu'une loi soit adoptée interdisant à l'employeur d'exercer un recours en indemnisation contre son employé lorsque celui-ci n'a été coupable que d'une négligence inconsciente. On peut s'attendre à ce que cette proposition recueille une large adhésion, tout en suscitant des réticences à l'égard de son corollaire logique, à savoir la reconnaissance, au profit de l'employé poursuivi, d'un droit à indemnisation opposable à l'employeur¹¹¹.

Si, dans ce contexte, il est possible de soutenir avec force que l'arrêt *Lister v Romford* est entaché d'erreur, un juriste traditionaliste pourrait rétorquer que ces critiques sont mal fondées, en ce qu'elles toutes remettent l'arrêt en cause largement sur la base de considérations de politique générale. On peut, par exemple, supposer que les diverses interventions législatives et l'engagement fondé sur l'honneur ont été influencés par diverses considérations de politique générale, telles que la promotion de relations de travail harmonieuses ou encore l'efficacité industrielle à l'échelle nationale¹¹². Par ailleurs, la plupart des auteurs de doctrine critiquent l'arrêt *Lister v Romford* au motif qu'il offense les raisons d'être de la responsabilité du fait d'autrui exposées à la partie II du présent article, notamment celles fondées sur l'étalement des pertes et le risque d'entreprise¹¹³. Toutefois, si cette partie de l'article est bien fondée et que les raisons d'être ne constituent pas des explications convaincantes de la doctrine, ces critiques de l'arrêt *Lister v Romford* perdent alors une grande partie, voire la totalité de leur force. Ainsi, ce juriste traditionaliste pourrait soutenir qu'un principe de common law ne saurait être réfuté sur la base de considérations de politique générale étrangères au processus décisionnel judiciaire et

¹⁰⁸ Voir, par exemple, *Ford*, *ibid*, où la Cour d'appel anglaise a refusé d'autoriser une société autre qu'une société d'assurance à se subroger au droit à indemnisation d'un employeur. Comme l'a souligné le maître des rôles, lord Denning à la page 801 :

[TRADUCTION]

L'arrêt *Lister v Romford* [...] était regrettable comme décision. Ses effets défavorables n'ont été évités que grâce à un accord entre les assureurs de ne pas l'appliquer. Sa portée ne devrait pas être étendue à la présente affaire. J'appliquerais ce principe simple : lorsque le risque lié à la négligence d'un employé est couvert par une assurance, son employeur ne devrait pas chercher à en rendre cet employé responsable. En tout état de cause, les tribunaux ne devraient pas le contraindre à permettre que son nom soit utilisé à cette fin.

Comme le souligne l'arrêt *Jones*, *supra* note 12 à la p 440 : [TRADUCTION] « [L]a décision rendue [dans l'arrêt *Ford*] est difficile à concilier avec celle rendue dans l'arrêt *Lister v Romford*. » Ou *Kalaman v Singer Valve Co*, [1998] 2 WWR 122 (BCCA) au para 101, juge d'appel Southin : [TRADUCTION] « [I]l a été jugé qu'un employé a le devoir envers son employeur de ne pas faire preuve de négligence dans l'exécution de son travail [...] même si la question de savoir si le manquement à cette obligation confère à l'employeur un droit d'action en dommages-intérêts, par opposition au fait de constituer un motif de licenciement, demeure, à mon avis, une question encore ouverte. » Voir également *DH Overmyer Co of Canada v Wallace Transfer Ltd* (1975), 65 DLR (3^e) 717 (BCCA), juge d'appel Seaton, dissident (limitant la règle aux situations d'exercice d'un métier, d'un art ou d'une profession libérale); *Harvey v R G O'Dell Ltd*, [1958] 2 QB 78 (non-application de la règle lorsqu'un employé qui était magasinier avait causé un accident en conduisant, car il n'était généralement pas employé comme conducteur).

¹⁰⁹ Voir, par exemple, les arrêts *London Drugs*, *supra* note 34 aux pp 334–58, juge La Forest (prônant le régime d'indemnisation préconisé ici); *Rowell v Alexander Mackie College Of Advanced Education* (1988), 7 MVR 157 (NSWCA) à la p 161, juge d'appel Samuels ([TRADUCTION] « rien ne justifie de considérer cet arrêt comme déterminant quant aux conditions de travail à l'autre bout du monde 30 ans après qu'il ait été prononcé »); *Everist v McEvedy* (1996), 3 NZLR 348 (HC) (faisant valoir que la coutume en Nouvelle-Zélande veut que les employeurs dans la profession du droit indemnisent leurs employés avocats pour les délits civils commis dans le cadre de leur emploi).

¹¹⁰ Markesinis, *Markesinis and Deakin*, *supra* note 12 à la p 596.

¹¹¹ Williams, « Master's Indemnity », *supra* note 33 à la p 446. Pour un point de vue semblable, voir Goddard, *supra* note 43.

¹¹² Voir Queensland Law Reform Commission, *supra* note 106 à la p 91; Markesinis, *Markesinis and Deakin*, *supra* note 12 à la p 596.

¹¹³ Voir, par exemple, Queensland Law Reform Commission, *ibid* et sources invoquées, *supra* note 105.

non pertinentes pour lui¹¹⁴. Pourtant, même en adoptant la position formaliste, il demeure possible de soutenir avec vigueur que, même dans son propre contexte – celui du droit des contrats et du droit du travail – l’arrêt rendu dans l’affaire *Lister v Romford* est entaché d’erreur¹¹⁵.

Dans l’affaire *Lister v Romford*, la majorité a fondé sa décision sur la simple application du droit traditionnel des contrats aux faits de l’espèce. Comme l’a affirmé le vicomte Simonds :

[TRADUCTION]

[L]e [demandeur] était tenu à une obligation contractuelle de diligence dans l’exercice de ses fonctions; il y a manqué; la [société] a subi un préjudice en conséquence; et elle est en droit de lui réclamer réparation, à moins qu’il ne soit démontré que le préjudice est trop éloigné ou qu’il existe un autre facteur intervenant qui fait obstacle à la réparation¹¹⁶.

Le seul facteur intervenant susceptible de perturber l’application de ces principes était, croyait-on, l’introduction d’une clause d’indemnisation telle que celle proposée à la partie III du présent article. La majorité de Leurs Seigneuries a estimé qu’une telle clause implicite ne pouvait être introduite, pour les raisons suivantes : (1) elle s’appliquerait à tout acte criminel¹¹⁷; (2) aucun employeur n’accepterait une clause de cette nature, surtout si elle visait la négligence grossière¹¹⁸ et ne se limitait pas aux risques pour lesquels l’employeur avait souscrit une assurance¹¹⁹; (3) elle n’inciterait pas les employés à faire preuve de diligence¹²⁰; (4) elle entrerait en conflit avec la clause implicite bien établie relative à la diligence et à la compétence¹²¹; et (5) elle était trop vague et n’était pas nécessaire pour assurer l’efficacité commerciale du contrat de travail en cause¹²².

En réponse aux arguments de la majorité, il importe de se rappeler que Leurs Seigneuries étaient handicapées par le fait qu’elles avaient statué sur l’affaire *Lister v Romford* sans pouvoir s’appuyer sur deux

¹¹⁴ C’est effectivement l’idée maîtresse développée par Weinrib, *Private Law*, *supra* note 18. Comme l’a fait remarquer Hegel : [TRADUCTION] « La véritable réfutation doit pénétrer jusqu’au cœur même de la position adverse, lui faire face sur son propre terrain; on ne gagne rien à l’attaquer ailleurs et à remporter une victoire là où elle n’est pas. » Voir HD Lewis, dir, *Hegel’s Science of Logic*, traduit par AV Miller, 1812-1816, London, Allen and Unwin, 1969 à la p 581.

¹¹⁵ Il convient de préciser que même les formalistes reconnaissent que des décisions peuvent être erronées. Comme le relève Weinrib : [TRADUCTION] « Le droit lui-même reconnaît, notamment au moyen de dissidences et de renversements, la possibilité que sa résolution de controverses particulières puisse être erronée. De plus, la présence même, en common law, de motifs de jugement est une invitation à prendre ces motifs au sérieux *en tant que tels*, et donc à envisager la possibilité qu’ils puissent être justes ou erronés, fondés ou mal fondés, suffisants ou insuffisants » (Weinrib, *Private Law*, *supra* note 18 à la p 13).

¹¹⁶ *Lister v Romford*, *supra* note 96 à la p 573.

¹¹⁷ *Ibid* à la p 574, vicomte Simonds.

¹¹⁸ *Ibid* à la p 578. Comme l’a soutenu le vicomte Simonds :

[TRADUCTION]

Est-il certain que, si le chauffeur imaginaire avait dit à son employeur : « Bien sûr, vous m’indemnisez pour tout dommage que je pourrais causer, quelle que soit la grossièreté de ma négligence », l’employeur aurait répondu : « Oui, bien sûr! »? Pour ma part, je ne peux affirmer avec certitude qu’il aurait répondu ainsi ou qu’il aurait dû répondre ainsi. Il se peut fort bien que, si une telle discussion avait eu lieu, elle aurait abouti à un quelconque accord entre eux ou à ce que le conducteur n’entre pas au service de cet employeur. Cela, je ne le sais pas. Mais je sais que je suis de plus en plus éloigné d’une certitude absolue quant à la clause que le droit introduit dans le contrat de travail entre l’employeur et le conducteur d’un véhicule à moteur.

¹¹⁹ *Ibid* à la p 595. Comme lord Tucker l’a soutenu :

[TRADUCTION]

Cela doit-il se limiter à la relation entre employeur et employé en ce qui concerne les véhicules à moteur, ou cela doit-il s’étendre à tous ceux qui travaillent dans l’industrie ou dans les transports et qui, par la nature même des choses, exercent des activités dans lesquelles leur négligence peut entraîner des dommages graves et étendus, se chiffrant en milliers de livres, dont ils pourraient être tenus responsables envers leurs employeurs, et ce, à l’égard de risques contre lesquels il était d’usage pour l’employeur de s’assurer bien avant l’avènement de l’automobile?

¹²⁰ *Ibid* à la p 579, vicomte Simonds.

¹²¹ *Ibid* à la p 584, lord Morton et à la p 593, lord Tucker.

¹²² *Ibid* à la p 583, lord Morton.

courants jurisprudentiels modernes pertinents : l'un concernant le caractère particulier du contrat de travail, l'autre portant sur la distinction entre employé et entrepreneur indépendant. La pertinence de ce second courant sera examinée ci-dessous, mais le premier était manifestement pertinent au regard du fondement même des motifs – à savoir que l'affaire *Lister v Romford* devait être tranchée selon les principes contractuels universels. Or, des arrêts phares plus récents, tels que *Mahmud v Bank of Credit and Commerce International SA*¹²³ et *Wallace c United Grain Growers Ltd*¹²⁴, donnent à penser que le contrat de travail, du fait de son importance fondamentale dans nos vies, est soumis à des règles doctrinales particulières, la plus importante d'entre elles étant que [TRADUCTION] « l'employeur doit traiter ses employés de manière équitable¹²⁵ ». En tenant compte du caractère singulier du contrat de travail, nous pouvons maintenant évaluer la pertinence des arguments avancés par la majorité.

La crainte exprimée par Leurs Seigneuries selon laquelle tout acte criminel donnerait lieu à une indemnisation est mal fondée, étant donné que l'indemnisation envisagée en l'espèce est circonscrite aux préjudices subis dans le cadre de l'emploi et, partant, les agissements criminels n'ouvrent pas droit à indemnisation, sauf dans les circonstances très limitées mentionnées ci-dessus¹²⁶. Cette restriction au contexte de l'emploi répond également à la crainte exprimée par certaines de Leurs Seigneuries selon laquelle l'indemnisation couvre la négligence grossière, celle-ci étant, elle aussi, exclue du champ de l'indemnisation.

S'agissant des préoccupations exprimées selon lesquelles aucun employeur n'accepterait une telle obligation d'indemnisation et que, partant, celle-ci n'était pas nécessaire à l'efficacité commerciale, nous estimons qu'il est parfaitement logique que les employeurs y consentent, tant afin de favoriser des relations de travail harmonieuses¹²⁷ que d'éviter la nécessité d'une double assurance, avec les pressions salariales qui en découleraient¹²⁸. En tout état de cause, si l'équité joue un rôle déterminant dans l'interprétation du contrat de travail, comme le laisse entendre la jurisprudence contemporaine, l'indemnisation serait manifestement la condition la plus équitable¹²⁹. Comme l'a judicieusement formulé lord Somervell de Harrow en synthétisant ces arguments :

¹²³ [1998] AC 20 (HL).

¹²⁴ [1997] 3 RCS 701.

¹²⁵ *Eastwood v Magnox Electric plc*, [2004] UKHL 35 au para 11 (BAILII), lord Nicholls de Birkenhead.

¹²⁶ Voir le texte accompagnant la note 86, *supra*.

¹²⁷ Voir, par exemple, l'allocation du lord juge Denning à la Cour d'appel [1956] 2 QB 180 à la p 192 [*Lister v Romford* (CA)] : [TRADUCTION] « [S]i cette action est bien fondée, cela signifie que dans chacune de ces affaires, la compagnie d'assurance peut se retourner et intenter une action au nom de l'employeur contre l'employé. Rien ne saurait être plus nuisible aux bonnes relations entre un employeur et ses employés. Rien ne pourrait être plus éloigné de l'intention des parties. »

¹²⁸ Comme Jolowicz l'a fait remarquer dans son commentaire de l'arrêt *Lister v Romford*, cette décision aurait pour effet d'encourager tant l'employé que l'employeur à souscrire une assurance; voir Jolowicz, « Master and Servant », *supra* note 105 à la p 111. Voir les observations semblables de lord Radcliffe dans l'arrêt *Lister v Romford*, *supra* note 96 à la p 588 :

[TRADUCTION]

Or, la police d'assurance requise ne pouvait pas naître d'elle-même. L'une ou l'autre des deux parties, l'employeur et l'employé, devait assumer la responsabilité de la souscrire ou de la maintenir en vigueur et de payer les primes nécessaires pour bénéficier de la couverture. À laquelle de ces deux parties devons-nous attribuer cette responsabilité, eu égard à la relation entre les parties? À mon avis, à l'employeur. Je ne puis concevoir que, sauf stipulation particulière, toute autre réponse puisse être donnée dans un tel cas.

¹²⁹ Voir également les commentaires du lord juge Denning dans l'arrêt *Lister v Romford* (CA), *supra* note 127 à la p 186 :

[TRADUCTION]

[J]usqu'à très récemment, on ne trouvait dans nos recueils aucune décision de ce genre. Bon nombre d'employeurs ont été tenus responsables des fautes de leurs employés, mais jamais ils n'ont cherché à obtenir une contribution ou une indemnisation de la part de leurs employés. [...] L'employeur n'est pas autorisé à opérer des retenues sur le salaire de son employé : il semblerait extrêmement sévère de saisir ses économies ou de le réduire à la faillite. L'autre raison tient sans doute à la réticence d'un bon employeur à faire peser sur ses employés le risque lié aux accidents. Le risque devrait être supporté par l'entreprise

[TRADUCTION]

Lorsqu'un homme est engagé comme chauffeur ou conducteur de camion, la question de savoir si ses ressources sont menacées en cas de dommages causés par sa négligence revêt pour lui une importance aussi grande que pour un conducteur propriétaire. Or, rien n'a été dit à ce sujet dans la présente affaire, et j'ose affirmer que, de manière générale, rien n'est jamais dit. Si, au moment de la négociation du contrat, la question avait été soulevée, j'estime qu'il est évident que le conducteur aurait exigé la même couverture d'assurance qu'un chauffeur propriétaire se procure habituellement. Si rien n'est précisé, il incombe, à mon avis, à l'employeur de veiller à ce que les ressources du conducteur soient protégées par une assurance. Il est incompatible avec une telle obligation que l'employeur cherche, par voie d'action, à engager la responsabilité personnelle du conducteur, comme en l'espèce.

Aux débats, j'ai cité en exemple le cas d'un propriétaire qui conduit parfois lui-même et emploie un chauffeur à d'autres moments. Le qualificatif « déraisonnable » serait trop insuffisant si ce propriétaire avait pris soin de protéger ses propres ressources contre les conséquences de sa négligence, sans toutefois assurer une protection équivalente à son chauffeur ou, à tout le moins, sans l'avoir clairement informé qu'il devait s'assurer lui-même. Accueillir la présente demande reviendrait précisément à entériner une telle situation.

Il m'apparaît plus aisé de conclure à l'existence de cette condition implicite qu'à celle d'une obligation du conducteur de faire preuve de prudence. Cette condition me semble nécessaire à l'efficacité même du contrat. Aucun conducteur n'accepterait un tel emploi s'il savait que ses ressources personnelles pourraient être mises en péril en raison de dommages résultant d'un acte ou d'une omission négligents.

J'estime qu'une telle condition ne serait pas précise. Elle serait, à mon avis, aussi précise que le « a » ou le « f » dans un contrat c.a.f.¹³⁰.

De plus, quelle que fût la position en 1957, l'on pourrait soutenir que l'omission systématique, par les employeurs ou leurs assureurs, d'exercer leurs [TRADUCTION] « droits à indemnisation a été si constante au fil du temps qu'il a fini par ériger la renonciation à l'indemnisation en condition implicite » du contrat de travail¹³¹.

Plusieurs arguments peuvent être avancés en réponse aux arguments selon lesquels la reconnaissance d'une condition implicite d'indemnisation dans le contrat de travail entrerait en contradiction avec l'obligation implicite de diligence et de compétence, ou encore encouragerait les employés à la négligence. Premièrement, il n'existe aucune contradiction réelle avec cette obligation, puisque l'employée qui manque de diligence et de compétence demeure exposée au licenciement. Deuxièmement, le fait que le licenciement demeure une option, combiné à l'exclusion de toute indemnisation en cas de négligence grossière, continue d'inciter les employés à agir avec prudence¹³². En outre, comme l'a souligné lord Somervell, l'employé s'expose à [TRADUCTION] « une sanction supplémentaire dans la mesure où les accidents causant des dommages sont susceptibles de compromettre son avancement¹³³ ». Troisièmement, comme d'autres l'ont fait remarquer¹³⁴, une indemnisation

dans son ensemble plutôt que par l'employé qui commet fortuitement une erreur, surtout lorsqu'il travaille avec la machine de son employeur. L'employeur tire profit de l'utilisation de la machine et devrait assumer la responsabilité pour les dommages qu'elle cause, même si ces dommages ne surviendraient pas sans une certaine erreur humaine.

¹³⁰ *Lister v Romford*, *supra* note 96 aux pp 598–99. Voir également les commentaires du lord juge Denning dans l'arrêt *Lister v Romford* (CA), *supra* note 127 à la p 192 : [TRADUCTION] « À mon avis, une telle action est irrecevable. Si, et dans la mesure où la demande se fonde sur un contrat, ce que je rejette, elle est invalidée par la clause implicite que je viens d'évoquer. La clause implicite exonérant l'employé est tout aussi plausible que la clause implicite qui tendrait à le rendre responsable. » Voir également Atiyah, *supra* note 10 à la p 425, qui fait remarquer que [TRADUCTION] « l'opinion minoritaire est en réalité plus convaincante ».

¹³¹ Schwartz, *supra* note 4 à la p 1753.

¹³² Pour un point de vue semblable, voir le jugement rendu par le juge La Forest dans l'arrêt *London Drugs*, *supra* note 34 à la p 341 : « Quant à la dissuasion, la nécessité de décourager le manque de diligence ne saurait justifier l'imposition d'une responsabilité délictuelle à l'employé dans ces conditions. L'employé risque d'être assujéti à des mesures disciplinaires ou d'être congédié s'il refuse d'accomplir le travail conformément aux directives de l'employeur. Telles sont les véritables pressions extérieures ressenties par l'employé lorsqu'il s'agit de bien exécuter son travail; le risque d'être personnellement tenu responsable demeure faible. » Voir également England, *supra* note 105 aux pp 51–52.

¹³³ *Lister v Romford*, *supra* note 96 à la p 601.

¹³⁴ Rogers, *Winfield and Jolowicz*, *supra* note 4 à la p 726, note 75, citant un article publié à titre privé par Tony Weir.

accordée par l'employeur n'aurait pas moins d'effet modérateur sur la dissuasion qu'une indemnisation accordée par un assureur. Ainsi, nous estimons que les préoccupations soulevées dans l'arrêt *Lister v Romford* ne font pas obstacle à la conclusion à l'existence de l'obligation d'indemnisation proposée ici.

Un autre problème inhérent à la doctrine formulée dans l'arrêt *Lister v Romford* apparaît nettement lorsque l'on examine cette affaire à la lumière de la distinction entre employé et entrepreneur indépendant. Si les arrêts récents, notamment *671122 Ontario Ltd c Sagaz Industries Canada Inc*¹³⁵ et *Lee Ting Sang v Chung Chi-Keung*¹³⁶, sont des décisions correctes¹³⁷, alors le cœur de cette distinction réside dans le fait que l'entrepreneur indépendant est un entrepreneur qui assume le risque de profit et de perte, tandis que l'employé renonce, pour l'essentiel, à ces deux possibilités en contrepartie d'un salaire fixe¹³⁸. Or, l'effet inattendu de l'arrêt rendu dans l'affaire *Lister v Romford* a été d'éroder partiellement cette distinction fondamentale de sorte que l'employé devient une personne qui renonce à toute possibilité de profit découlant de son travail, mais qui supporte néanmoins l'ensemble des risques de perte qui y sont associés. Afin d'éviter cette érosion et de préserver la distinction conceptuelle entre les deux catégories, il semblerait nécessaire que le droit reconnaisse l'existence d'une promesse implicite d'indemnisation dans chaque contrat de travail, en tant qu'élément nécessaire de ce type particulier de contrat¹³⁹. Une telle démarche établirait d'ailleurs un parallèle intéressant avec les règles applicables aux entrepreneurs indépendants, puisqu'une entrepreneure indépendante s'engage implicitement à indemniser son employeur si sa propre défaillance engage la responsabilité juridique de ce dernier¹⁴⁰. Ainsi, l'employée – non entrepreneuriale/ne prenant pas de risques – serait celle qui bénéficie, en droit, d'un droit à indemnisation de la part de son employeur¹⁴¹, tandis qu'une entrepreneure indépendante entrepreneuriale/prenant des risques serait celle qui, en droit, accorde une indemnisation à son employeur¹⁴².

¹³⁵ *Sagaz*, *supra* note 14.

¹³⁶ [1990] 2 AC 374 (PC).

¹³⁷ Comme le font remarquer Trindade et Cane, *supra* note 12 à la p 724 : [TRADUCTION] « Le critère de l'entreprise indépendante [...] est une démarche intuitivement séduisante et pleine de bon sens. » Voir également *England*, *supra* note 105 à la p 14.

¹³⁸ Voir également Flannigan, *supra* note 24; *Market Investigations, Ltd v Minister of Social Security*, [1968] 3 All ER 732 (QBD); *Montreal v Montreal Locomotive Works Ltd*, [1947] 1 DLR 161 (PC).

¹³⁹ Voir, par exemple, l'allocation de lord Tucker, qui estimait que la clause implicite est sous-entendue de plein droit plutôt que d'être fondée sur le principe de l'[TRADUCTION] « observateur objectif »; *Lister v Romford*, *supra* note 96 à la p 594. La doctrine allemande sur la question, qui est essentiellement correcte, estime qu'un tel droit à indemnisation est présent, sous une forme ou une autre, dans tout contrat de travail : voir Markesinis et Unberath, *supra* note 32 aux pp 701–02. Voir également le jugement du juge La Forest dans l'arrêt *London Drugs*, *supra* note 34 à la p 345, où il soutient ce qui suit : « Les tendances décelées par le tribunal allemand sont des tendances à long terme communes à tous les pays industrialisés et je considère que ces arguments sont fort convaincants. L'établissement d'un tel régime d'indemnisation est probablement la prochaine étape logique dans l'évolution de la règle de la responsabilité du fait d'autrui. Une telle évolution rendrait essentiellement la théorie juridique conforme aux réalités des relations du travail contemporaines. »

¹⁴⁰ Voir *Honeywill & Stein*, *supra* note 95; Fleming, *supra* note 20 à la p 300, où il affirme : [TRADUCTION] « Le manque de diligence des employés est désormais reconnu comme un élément du risque commercial qu'assume l'employeur; en revanche, les entrepreneurs indépendants sont censés supporter eux-mêmes les pertes liées à leur activité, notamment par la tarification de leurs services et le recours à l'assurance. [...] Il s'ensuit que, dans leurs rapports mutuels, l'entrepreneur est principalement responsable et doit, en conséquence, indemniser son mandant » [italique dans l'original].

¹⁴¹ Il va de soi que les employés ne sont pas totalement à l'abri du risque puisque, en l'absence de législation, leurs indemnités (tout comme de nombreux autres avantages liés à leur emploi) demeurent tributaires de la solvabilité de leurs employeurs.

¹⁴² Cette distinction conceptuelle écarte une autre critique possible de la théorie proposée ici, soit l'idée qu'elle doit être erronée puisque les employeurs pourraient être tenus responsables du fait d'autrui pour les actes d'entrepreneurs indépendants, ce qui serait incompatible avec la doctrine actuelle, simplement en offrant une indemnisation à un tel entrepreneur. Cet argument ne résiste pas à l'analyse : il ne peut exister d'entrepreneur « indépendant » bénéficiant d'un droit à indemnisation, puisque cela constitue en soi une contradiction. En d'autres termes, une partie qui jouit d'un tel droit ne supporte plus les risques liés à son activité et est donc, par définition, un employé plutôt qu'un entrepreneur indépendant.

Dans la mesure où l'arrêt *Lister v Romford* consacre la solution inverse, la jurisprudence contemporaine sur la distinction entre employé et entrepreneur indépendant laisse supposer que cet arrêt était entaché d'erreur.

Partant, nous soutenons que la doctrine énoncée dans l'arrêt *Lister v Romford* repose sur une erreur. Cet arrêt a été condamné presque unanimement par la doctrine juridique et fréquemment remis en question par la jurisprudence. En outre, de solides arguments peuvent être avancés en faveur de la reconnaissance, en fait, d'une promesse implicite d'indemnisation dans le contrat de travail, tant pour assurer l'efficacité commerciale de la relation employeur-employé que pour promouvoir l'équité dans cette relation. De même, on peut tout aussi fermement soutenir que, sur le plan juridique, la reconnaissance d'un tel engagement implicite est nécessaire pour préserver le caractère conceptuel singulier du contrat de travail. Par conséquent, en raison de ses lacunes, l'arrêt de la Chambre des lords dans l'affaire *Lister v Romford* ne saurait faire obstacle à la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation.

B. LA RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI EN TANT QUE RÈGLE DE DROIT

Une autre objection possible à la théorie proposée ici est qu'elle ne peut expliquer le fait que la responsabilité du fait d'autrui est parfois qualifiée de « règle de droit », c'est-à-dire une règle qui s'impose indépendamment de la volonté des parties¹⁴³. Cette dimension de la responsabilité du fait d'autrui serait apparemment difficile à justifier sur la base de la théorie fondée sur l'indemnisation, puisqu'une promesse contractuelle, par définition, devrait pouvoir être écartée par accord entre les parties¹⁴⁴. En d'autres termes, comment la théorie fondée sur l'indemnisation peut-elle expliquer cette caractéristique de la responsabilité du fait d'autrui tout en respectant la liberté contractuelle?

Pour répondre à cette question, il convient de garder à l'esprit que la dimension « règle de droit » de la doctrine est relativement assouplie, dans la mesure où il est désormais loisible à tout employeur d'éviter par voie contractuelle l'application de la responsabilité du fait d'autrui en structurant sa relation avec la « personne choisie pour effectuer le travail » comme une relation entre un employeur et un entrepreneur indépendant, plutôt que comme une relation employeur-employé¹⁴⁵. Dès lors, la théorie n'a qu'à expliquer pourquoi la responsabilité du fait d'autrui ne saurait être exclue dans le cadre d'une relation employeur-employé. Autrement dit, mais plus concrètement, un employeur peut-il à la fois affirmer « j'emploie » et soutenir « je ne m'engage pas à indemniser »?

Bien que la common law s'attarde rarement à ces questions purement conceptuelles et définitionnelles¹⁴⁶, on retrouve des parallèles dans les débats doctrinaux relatifs au noyau irréductible ou à l'essence de la fiducie¹⁴⁷,

¹⁴³ Voir, par exemple, *Staveley*, *supra* note 9 à la p 643, lord Reid.

¹⁴⁴ Voir, par exemple, les commentaires de lord Diplock dans *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd*, [1980] AC 827 (HL) à la p 848 [*Photo Production*] : [TRADUCTION] « Selon un principe fondamental du droit des contrats en common law [...] les parties à un contrat sont libres de déterminer pour elles-mêmes les obligations principales qu'elles accepteront. » Comme on le verra plus loin, même lord Diplock était disposé à accepter des limites conceptuelles à ce principe.

¹⁴⁵ Voir Arlen et Macleod, *supra* note 37 à la p 28.

¹⁴⁶ Rappelons l'observation d'OW Holmes selon laquelle [TRADUCTION] « [l]e droit tire sa vitalité non pas de la logique mais de l'expérience » (OW Holmes, *The Common Law*, Boston, Little, Brown, 1881 à la p 1) ou l'observation de lord Halsbury dans *Quinn v Leatham*, [1901] AC 495 à la p 506, selon laquelle [TRADUCTION] « un arrêt ne constitue un précédent qu'à l'égard de ce qui y est effectivement décidé. Je rejette entièrement qu'il puisse être cité à l'appui d'une proposition qui peut paraître en découler logiquement. Un tel mode de raisonnement suppose que le droit est un code rigoureusement logique alors que tous les avocats savent que c'est loin d'être toujours le cas. »

¹⁴⁷ Voir *Armitage v Nurse*, [1998] Ch 241 (CA); David Hayton, « The Irreducible Core Content of Trusteeship » dans AJ Oakley, dir, *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996 ch 3.

à la question de savoir si une convention en vue de négocier peut constituer un contrat¹⁴⁸, à la nature et aux effets d'une violation fondamentale du contrat¹⁴⁹, aux limites conceptuelles de diverses catégories de sûretés¹⁵⁰ et à la définition appropriée du mariage¹⁵¹. Toutefois, le parallèle le plus éclairant s'est manifesté dans le domaine de l'assurance responsabilité civile. Dans la jurisprudence classique¹⁵², le problème se pose de la manière suivante : un assureur offre à un assuré une police destinée à couvrir sa responsabilité délictuelle en cas de négligence. La police contient une clause (portée à l'attention de l'assuré), prévoyant que celui-ci [TRADUCTION] « doit prendre les précautions raisonnables pour prévenir les accidents¹⁵³ ». Un accident survient à l'un des employés de l'assuré en raison de la négligence de ce dernier, et l'assureur refuse de l'indemniser en invoquant cette clause. Autrement dit, l'assureur se défend en disant : j'ai simultanément déclaré [TRADUCTION] « j'assure contre la négligence » et [TRADUCTION] « je ne promets pas d'indemniser en cas de négligence » et que, par conséquent, la liberté contractuelle devrait le libérer de toute responsabilité. Les tribunaux ont toutefois rejeté ce moyen de défense. Ils ont plutôt interprété la clause de manière restrictive, de façon à exclure l'indemnisation uniquement lorsque le comportement de l'assuré atteint le seuil de la témérité. Le raisonnement du tribunal est expliqué de manière succincte par le lord juge Goddard dans l'arrêt *Woolfall & Rimmer Ltd v Moyle* en ces termes :

[TRADUCTION]

Si l'on devait interpréter cette condition dans le sens que [l'assureur] nous invite à lui donner, il en résulterait que les assureurs soutenaient en substance : « Nous vous assurerons contre votre responsabilité pour négligence à la condition que vous ne soyez pas négligent », car si les demandeurs avaient pris toutes les précautions raisonnables pour prévenir les accidents au sens le plus large, ils ne pourraient être responsables pour cause de négligence. Le sophisme qui sous-tend l'argumentation [de l'assureur] apparaît clairement dès lors que l'on garde à l'esprit que nous interprétons ici les termes d'un contrat conclu entre assureurs et assurés, et non ceux d'un contrat de travail liant un employeur et un employé. Une fois cette distinction opérée, il devient raisonnablement clair que [cette] condition [...] a été introduite afin de protéger les assureurs, en circonscrivant l'étendue de leur responsabilité dans la mesure où elle doit ainsi être comprise comme exprimant l'idée suivante : « Nous vous assurerons contre les conséquences de votre négligence, mais veuillez comprendre que nous le faisons à la condition que vous ne vous considériez pas libres de mener vos activités avec témérité. Vous êtes tenu de prendre les précautions raisonnables pour prévenir les accidents, comme le feraient des gens d'affaires ordinaires, c'est-à-dire que vous devez exercer vos activités de manière normale et non d'une manière qui favoriserait les accidents.¹⁵⁴ »

¹⁴⁸ Comparer les arrêts *Hillas and Co, Ltd v Arcos, Ltd*, [1932] All ER Rep 494 (HL) [*Hillas*], et *Walford v Miles*, [1992] 2 AC 128, avec l'arrêt *Empress Towers v Bank of Nova Scotia* (1990), 73 DLR (4^e) 400 (BCCA).

¹⁴⁹ Comparer l'arrêt *Harbutt's « Plasticine » Ltd v Wayne Tank and Pump Co Ltd*, [1970] 1 QB 447 (CA), avec l'arrêt *Photo Production, supra* note 144.

¹⁵⁰ Comparer l'arrêt *Re Bank of Credit and Commerce International SA (No 8)*, [1998] AC 214 (il est admis qu'un débiteur peut consentir une charge grevant sa propre dette, malgré les problèmes conceptuels qu'une telle opération soulève, dès lors que telle est l'intention des parties) avec l'arrêt *Agnew v Commissioner of Inland Revenue*, [2001] 2 AC 710 (PC) (il est conceptuellement impossible d'avoir simultanément une charge fixe grevant des créances comptables non recouvrées et une charge flottante grevant leur produit, même si telle était l'intention des parties). Pour une analyse éclairante de ces arrêts et de leur rapport avec la liberté contractuelle, voir G McCormack « Lords Millett and Hoffmann and the Shaping of English Commercial Law » (communication présentée à la conférence SLS, septembre 2004) [document inédit dont l'auteur possède un exemplaire].

¹⁵¹ Voir, par exemple, *Halpern v Canada (Attorney General)* (2003), 65 OR (3^e) 161 (CA) (qui déclare inconstitutionnelle la définition du mariage en common law, soit l'union légitime d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne).

¹⁵² Voir *Woolfall & Rimmer Ltd v Moyle*, [1942] 1 KB 66 (CA) [*Woolfall*]; *Fraser v BN Furman (Productions) Ltd*, [1967] 1 WLR 898 (CA) [*Fraser*]. Voir également *Roberts v State Insurance*, [1974] 2 NZLR 312 (SC); *Weston Ornamental Iron Works Ltd v Continental Insurance Co*, [1981] OJ No 78 (ONCA) (QL), pour l'application de principes semblables.

¹⁵³ *Fraser*, *ibid* à la p 904.

¹⁵⁴ *Woolfall*, *supra* note 152 aux pp 76–77. Voir également le jugement du lord juge Diplock dans l'arrêt *Fraser*, *ibid* à la p 905 où il affirme :

[TRADUCTION]

[La condition] signifie ce qui est raisonnable entre l'assuré et l'assureur, eu égard à l'objet commercial du contrat, lequel vise notamment à indemniser l'assuré contre la responsabilité découlant de sa propre négligence. [...] Il est évident que la condition ne saurait signifier que l'assuré doit prendre des mesures pour éviter des dangers qu'il ne prévoit pas lui-même, même si

Comme l'a reconnu la Cour d'appel de l'Ontario, ce principe conceptuel du droit des assurances a évolué au point où les tribunaux refuseront de donner effet à une clause d'exclusion si :

[TRADUCTION]

(1) elle est incompatible avec l'objet principal de la couverture d'assurance et où elle aurait pour effet de réduire la protection prévue par la police au point de la rendre pratiquement nulle; et (2) son application est contraire aux attentes raisonnables qu'une personne ordinaire peut avoir quant à la couverture souscrite¹⁵⁵.

Ainsi, si l'argument développé dans la section précédente est fondé et si l'obligation d'indemnisation entre l'employeur et l'employé fait implicitement partie du contrat à titre d'« accessoire nécessaire » du contrat de travail, il semblerait alors qu'elle ne saurait être écartée par les parties si leur intention véritable était de créer une relation d'emploi¹⁵⁶. Par surcroît, il paraît probable que toute clause d'exclusion insérée par l'employeur serait très vraisemblablement interprétée restrictivement comme ne faisant que limiter l'obligation d'indemnisation de l'employeur aux situations où les agissements de l'employé n'étaient ni téméraires, ni entachés de mauvaise foi ou de négligence grossière¹⁵⁷. Ainsi, pour les raisons susmentionnées, la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation peut expliquer les aspects atténués de la responsabilité du fait d'autrui en tant que règle de droit.

C. DÉLITS CIVILS INTENTIONNELS ENTACHÉS DE MAUVAISE FOI

Une autre objection susceptible d'être opposée à la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation est qu'elle ne peut expliquer les arrêts phares ayant retenu la responsabilité pour des délits intentionnels, tels que le vol, la fraude et l'agression sexuelle, qui sont antithétiques à l'objet du contrat de travail (ou, comme je les appellerai, les délits civils entachés de mauvaise foi). S'il est vrai que la théorie ne peut expliquer ces arrêts comme des manifestations de la responsabilité du fait d'autrui, nous soutenons que les résultats des arrêts classiques s'expliquent simplement comme des manifestations de faute personnelle de la part d'un employeur et que les arrêts contemporains sont soit mal fondés, soit également explicables sur cette base.

Le premier arrêt problématique est celui rendu dans l'affaire *Lloyd v Grace, Smith & Co*¹⁵⁸. Dans cette affaire, la demanderesse, propriétaire de plusieurs immeubles et insatisfaite des revenus qu'elle en tirait, consulta le cabinet d'avocats défendeur et son dossier fut confié à Sandles, le clerc principal du cabinet, responsable des transactions immobilières du cabinet et agissant sans supervision. Par ses manœuvres frauduleuses, il incita la demanderesse à lui céder son intérêt sur les immeubles, qu'il vendit ensuite et en détourna le produit. Leurs Seigneuries ont conclu à la responsabilité du cabinet défendeur, au motif que la fraude avait été commise dans les limites du mandat apparent de Sandles.

l'employeur hypothétique raisonnablement prudent les prévoirait. Une telle interprétation serait contraire à l'objet commercial du contrat, puisque l'omission de prévoir des dangers constitue l'un des motifs les plus courants de responsabilité pour négligence. À mon avis, ce qui est « raisonnable » entre l'assuré et l'assureur, sans contredire l'objet commercial du contrat, c'est que l'assuré ne doit pas sciemment s'exposer à un danger dont il connaît l'existence, en s'abstenant de prendre toute mesure pour l'éviter.

¹⁵⁵ *Zurich Insurance Co v 686234 Ontario Ltd* (2002), 62 OR (3^e) 447 (CA) au para 28.

¹⁵⁶ Bien entendu, on pourrait interpréter ces promesses contradictoires comme démontrant réellement que les parties avaient l'intention de créer une relation employeur-entrepreneur indépendant. Toutefois, tel qu'il est indiqué ci-dessus, cela est actuellement permis et ne remet pas en cause la théorie proposée ici. Une autre interprétation serait que ces promesses contradictoires indiquent que le contrat est nul pour cause d'incertitude. Cette hypothèse demeure toujours possible, mais l'expérience a montré que les tribunaux répugnent à déclarer un contrat nul lorsqu'il est possible de lui donner un sens et que l'une des parties ou les deux se sont fiées de manière substantielle à la validité du contrat à leur détriment (voir *Hillas*, *supra* note 148; *Foley v Classique Coaches, Ltd*, [1934] 2 KB 1 (CA)).

¹⁵⁷ En d'autres termes, l'indemnisation même préconisée dans la partie III.

¹⁵⁸ *Supra*, note 97.

Des arrêts ultérieurs¹⁵⁹ ainsi que la doctrine¹⁶⁰ ont soutenu que l'arrêt *Lloyd* démontrait qu'une employeuse peut être tenue responsable du fait d'autrui pour les délits civils intentionnels commis par son employé, même si l'acte reproché constituait une infraction criminelle et n'était pas censé relever de l'exécution du contrat de travail. Si la portée de l'arrêt devait être circonscrite de manière à ne pas rendre tout employeur responsable du fait d'autrui pour chaque délit civil entaché de mauvaise foi, cette limitation a généralement été justifiée par le recours au principe de la préclusion : bien que la fraude ne relève normalement pas du cadre de l'emploi, le cabinet était préclus de le nier puisqu'il avait présenté l'employé comme étant investi du pouvoir de transporter¹⁶¹. Le recours à la préclusion dans ce contexte a été qualifié de « faible¹⁶² », sans doute parce qu'il est difficile de comprendre en quoi le fait d'avoir conféré à Sandles le pouvoir de transporter devrait préclure le cabinet d'affirmer qu'il n'était pas autorisé à commettre des fraudes¹⁶³.

Nous soutenons qu'une interprétation plus convaincante de l'arrêt *Lloyd* consiste à y voir un cas de responsabilité personnelle, et ce, pour l'une ou l'autre des deux raisons suivantes. Premièrement, Sandles, en sa qualité de véritable mandataire du cabinet, avait conclu un contrat entre le cabinet et la demanderesse, par lequel le cabinet s'engageait à représenter ses intérêts avec diligence¹⁶⁴. Le cabinet a ensuite violé ce contrat lorsque Sandles a mal géré son compte et que ses supérieurs ont omis de superviser adéquatement leur clerc¹⁶⁵. Dans cette optique, le cabinet n'était pas responsable du fait d'autrui pour le délit civil de son employé, mais était plutôt personnellement responsable de sa propre violation du contrat¹⁶⁶. Bien que cette solution tranche effectivement l'affaire, certains pourraient rejeter ce raisonnement comme étant trop alambiqué pour être convaincant.

Une seconde explication, plus simple, est que l'arrêt *Lloyd* peut s'expliquer par le fait que le cabinet ne soutenait pas que Sandles avait le mandat d'agir, mais plutôt qu'il était digne de confiance. Il semble manifeste

¹⁵⁹ Voir, par exemple, *Bazley*, *supra* note 23; *Lister v Hesley Hall*, *supra* note 6.

¹⁶⁰ Voir, par exemple, Atiyah, *supra* note 10 à la p 272; Dugdale, *Clerk & Lindsell*, *supra* note 10 aux pp 245–46; Rogers, *Windfield and Jolowicz*, *supra* note 4 à la p 719.

¹⁶¹ *Lepore*, *supra* note 5 au para 108, juge Gaudron, et para 232, juges Gummow et Hayne; *Dubai*, *supra* note 49 au para 28, lord Nicholls; McBride et Bagshaw, *supra* note 12 aux pp 649–50; Max Loubser et Elspeth Reid, « Vicarious Liability for Intentional Wrongdoing: After *Lister* and *Dubai Aluminium* in Scotland and South Africa » (2003) *Jurid Rev* 143 aux pp 150–51; Fleming, *supra* note 20 à la p 428; Dugdale, *Clerk & Lindsell*, *supra* note 10 aux pp 245–46.

¹⁶² *Lepore*, *supra* note 5 au para 312, juge Kirby.

¹⁶³ Voir, par exemple, les commentaires de Baty, *supra* note 3 aux pp 107–08 :

[TRADUCTION]

À l'heure actuelle, la séduisante théorie de l'« autorisation » est omniprésente : les employeurs sont déclarés responsables des délits non intentionnels commis par leurs employés, au motif qu'ils les ont autorisés, alors même qu'une telle autorisation n'a jamais été envisagée, voire lorsqu'elle a été expressément refusée. Certes, une telle doctrine peut être appliquée au prix d'un recours généreux à la doctrine de la préclusion. Mais peut-on concevoir un résultat plus ridiculement inepte? Créer une fiction dans le but de la neutraliser par une autre fiction revient à jongler avec des mannequins d'artiste plutôt qu'à affronter lucidement la réalité.

¹⁶⁴ Voir, par exemple, l'allocation du comte Loreburn dans l'arrêt *Lloyd*, *supra* note 97 à la p 724 : [TRADUCTION] « Il s'agissait d'une violation, par le mandataire du défendeur, d'un contrat qu'il avait conclu en cette qualité, lequel lui imposait d'agir avec diligence et honnêteté dans l'exécution d'une activité relevant des pouvoirs qui lui avaient été délégués et qui lui avait été confiée à ce titre. »

¹⁶⁵ Voir Frederick Pollock, « Judicial Records » (1913) 29 *Law Q Rev* 10. Voir également les commentaires du maître des rôles Denning dans l'arrêt *Morris*, *supra* note 98 à la p 727.

¹⁶⁶ Voir, par exemple, les commentaires des juges Gummow et Hayne dans l'arrêt *Lepore*, *supra* note 5 au para 235 : [TRADUCTION] « Très souvent, toutefois, ces affaires se prêtent à une analyse plus simple [que celle fondée sur la responsabilité du fait d'autrui]. L'employeur peut avoir directement manqué à une obligation qu'il devait à la personne victime de la fraude. Cette obligation peut découler d'un contrat conclu entre l'employeur et la personne lésée, contrat que l'on peut considérer comme ayant été conclu pour le compte de l'employeur par l'auteur de la fraude. »

que c'est le type de promesse qu'une banque ou un cabinet d'avocats fait à ses clients potentiels afin de les attirer¹⁶⁷. Comme l'a souligné Baty :

[TRADUCTION]

Il se dégage ainsi le principe selon lequel, tant en matière contractuelle qu'en matière de confiance, c'est la relation individuelle entre le mandant et le tiers – relation créée par cette invitation à la confiance – qui constitue le fondement de la responsabilité si elle devait s'avérer mal placée.

« Vous pouvez accepter ses promesses, vous pouvez lui remettre des fonds, vous pouvez vous fier à ses dires », dit en substance le mandant, « et vous pouvez être assuré que les promesses seront tenues, que les fonds seront affectés à bon escient, et que les déclarations sont véridiques ». L'invitation peut être tacite [...] mais elle existe bel et bien, c'est lui qui la formule, et il est responsable des conséquences qui en découlent¹⁶⁸.

Ainsi, peut-on soutenir que l'arrêt *Lloyd* peut s'expliquer de manière plus que satisfaisante comme une manifestation de responsabilité personnelle.

Du point de vue de la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation, l'arrêt classique problématique suivant est celui qui a été rendu dans l'affaire *Morris v CW Martin & Sons Ltd*¹⁶⁹. Dans cette affaire, la demanderesse avait envoyé son étoile de vison chez un fourreur local pour la faire nettoyer. Avec le consentement de la demanderesse, la fourrure a été livrée à la société défenderesse pour être nettoyée par celle-ci. L'étoile a été volée pendant que la société l'avait en sa possession par l'employé chargé de la nettoyer. La fourrure n'a jamais été retrouvée. La Cour d'appel anglaise a jugé à l'unanimité que la société était responsable envers la demanderesse. Cependant, il est difficile de discerner le véritable fondement de cette responsabilité. Le maître des rôles, lord Denning, a clairement fondé sa décision sur l'obligation intransmissible et la faute personnelle de l'employeur¹⁷⁰. À l'inverse, le lord juge Diplock a clairement fondé sa décision sur la responsabilité du fait d'autrui¹⁷¹. La décision du lord juge Salmon est quelque peu ambiguë, bien qu'elle tende, ne serait-ce que légèrement, vers une analyse de la responsabilité du fait d'autrui¹⁷².

¹⁶⁷ Voir Neyers et Stevens, *supra* note 83. Voir également les commentaires de Loubser et Reid, *supra* note 161 à la p 154 : [TRADUCTION] « La fraude consiste souvent à inciter la victime à se fier à l'intégrité d'une institution, d'un document ou d'un projet. »

¹⁶⁸ Baty, *supra* note 3 à la p 12.

¹⁶⁹ *Morris*, *supra* note 98.

¹⁷⁰ *Ibid* à la p 725. Comme l'a soutenu Sa Seigneurie :

[TRADUCTION]

[E]n dernière analyse [la décision] dépendait de la nature de l'obligation dont le maître était débiteur envers celui dont les biens avaient été perdus ou endommagés. Si le maître a l'obligation de faire preuve de diligence en conservant en sûreté les marchandises et en les protégeant du vol et de tout dommage, il ne peut se débarrasser de cette responsabilité en déléguant son obligation à un autre. S'il charge son préposé de cette obligation, il doit répondre de la manière dont celui-ci l'exécute. Que le préposé soit négligent, qu'il commette une fraude, ou qu'il soit malhonnête, peu importe, le maître est responsable. Mais non s'il n'a pas semblable obligation. La jurisprudence le démontre.

¹⁷¹ Il a entamé son jugement, à la même page, soit à la page 730, en déclarant : [TRADUCTION] « Je conviens que le présent appel devrait être accueilli, bien que le raisonnement juridique qui m'a conduit à cette conclusion ne soit pas, à tous égards, identique à celui suivi par le maître des rôles, lord Denning. » Il a ensuite ajouté aux pages 736 et 737 :

[TRADUCTION]

[La société] a accepté la fourrure en qualité de baillaire rémunérée pour la nettoyer. Elle a chargé Morrissey, à titre de son mandataire, de procéder au nettoyage en son nom et d'en assurer la garde pendant l'exécution de cette tâche. La manière dont il s'en est acquitté a consisté à se l'approprier frauduleusement. Ce qu'il faisait, fût-ce de manière malhonnête, il le faisait dans le cadre ou au cours de son emploi, au sens technique de cette expression certes malencontreuse, mais consacrée par l'usage. Les défendeurs, en tant que ses employeurs, sont responsables de son acte délictuel.

Il convient toutefois de noter que le lord juge Diplock avait la réputation de confondre la responsabilité du fait d'autrui et l'obligation intransmissible; voir, par exemple, son jugement dans *Ilkiw v Samuels*, [1963] 1 WLR 991 (CA).

¹⁷² Voir, par exemple, *Morris*, *ibid* à la p 739 :

Quoi qu'il en soit, à l'instar de l'arrêt rendu dans l'affaire *Lloyd*, l'arrêt *Morris* a été invoqué par des tribunaux ultérieurs¹⁷³ ainsi que par certains auteurs¹⁷⁴ comme preuve supplémentaire qu'une employeuse peut être tenue responsable du fait d'autrui pour les délits civils entachés de mauvaise foi commis par ses employés. Nous soutenons toutefois que, puisque l'arrêt *Morris* peut clairement s'expliquer¹⁷⁵, et a d'ailleurs été ainsi expliqué par l'un des juges dans cette affaire, comme une situation de faute personnelle (c'est-à-dire une violation de l'obligation intransmissible que la common law impose à un sous-baillaire), il ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'une théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation. Au demeurant, comme l'ont soutenu Tony Weir¹⁷⁶ ainsi que Nicholas J McBride et Roderick Bagshaw¹⁷⁷, le fait que la même responsabilité aurait été retenue si l'auteur du vol de la fourrure avait été un entrepreneur indépendant¹⁷⁸ signifie que l'analyse de l'arrêt *Morris* fondée sur l'obligation intransmissible est celle qui est conceptuellement préférable¹⁷⁹.

Bien que les arrêts classiques *Lloyd* et *Morris* puissent aisément être conciliés avec la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation, les arrêts récents *Bazley c Curry*¹⁸⁰ et *Lister v Hesley*

[TRADUCTION]

Il est vrai que Morrissey [l'employé] n'était en aucun cas l'alter ego des défendeurs. Il n'était pas leur directeur général. Il était en réalité un de leurs employés les plus subalternes, mais c'est néanmoins à lui qu'ils avaient confié leur responsabilité de prendre soin de la fourrure et de la nettoyer. Indépendamment de la jurisprudence, il me paraît tout à fait clair, en principe – *qui facit per alium facit per se* – que les défendeurs sont responsables de ce qui constituait de la négligence et de l'appropriation illicite commises par leur employé dans le cadre de son emploi.

Cependant, un peu plus loin aux pages 740 et 741, il ajoute : [TRADUCTION] « Un baillaire rémunéré n'est responsable du vol commis par l'un quelconque de ses employés que dans la mesure où celui-ci a été chargé d'exercer une partie de son devoir de diligence raisonnable. » Pour un point de vue semblable, voir McBride et Bagshaw, *supra* note 12 à la p 229, note 41.

¹⁷³ Voir, par exemple, *Lister v Hesley Hall*, *supra* note 6; *Photo Production*, *supra* note 144 à la p 846, lord Wilberforce, et p 852, lord Salmon; *Gilchrist Watt & Sanderson Pty Ltd v York Products Pty Ltd*, [1970] 1 WLR 1262 (PC), lord Pearson; *Port Swettenham Authority v T W Wu & Co (M) Sdn Bhd*, [1979] AC 580 (PC), lord Salmon.

¹⁷⁴ Atiyah, *supra* note 10 à la p 271; NE Palmer, *Bailment*, 2^e éd, Sydney, Law Book Co, 1991 aux pp 424–25; Rogers, *Winfield and Jolowicz*, *supra* note 4 à la p 722.

¹⁷⁵ Voir, par exemple, les commentaires allant dans ce sens dans l'arrêt *Lepore*, *supra* note 5 aux para 112, 27, juge Gaudron; aux para 147, 161, juge McHugh, et au para 236, juges Gummow et Hayne; *Lister v Hesley Hall*, *supra* note 6 à la p 19, lord Steyn; Dugdale, *Clerk & Lindsell*, *supra* note 10 à la p 244; Markesinis, *Markesinis and Deakin*, *supra* note 12 à la p 591.

¹⁷⁶ Weir, *supra* note 12 à la p 102.

¹⁷⁷ McBride et Bagshaw, *supra* note 12 à la p 229, note 41.

¹⁷⁸ Voir *British Road Services v Crutchley*, [1967] 2 All ER 792 (CA). Voir également l'analyse de Trindade et Cane, *supra* note 12 à la p 729.

¹⁷⁹ Cela tient au fait que si le voleur avait été un entrepreneur indépendant, il n'y aurait pas pu y avoir de responsabilité du fait d'autrui; voir McBride et Bagshaw, *supra* note 12 à la p 229, note 41.

¹⁸⁰ *Bazley*, *supra* note 23. Les faits de l'affaire *Bazley* étaient les suivants. La défenderesse était un organisme sans but lucratif exploitant des établissements de soins pour bénéficiaires internes où des enfants étaient traités pour des troubles affectifs. Elle pratiquait, par l'intermédiaire de ses employés, l'intervention totale dans tous les aspects de la vie des enfants qui lui étaient confiés. Après avoir procédé à la vérification des antécédents de Curry, la Foundation l'a embauché, ignorant qu'il était pédophile. Lorsque la Foundation a découvert que Curry avait agressé un enfant dans l'un de ses établissements, elle l'a congédié. Par la suite, le demandeur a intenté une action contre la Foundation pour obtenir réparation du préjudice qu'il avait subi aux mains de Curry. La Cour suprême a conclu à l'unanimité que la Foundation était responsable du délit civil commis par Curry, car l'emploi, qui l'avait placé dans une situation d'autorité vis-à-vis le demandeur avait sensiblement accru le risque d'agression sexuelle. Dans l'arrêt connexe *Jacobi*, *supra* note 53, la Cour suprême a appliqué le critère établi dans l'arrêt *Bazley*, mais est parvenue à une conclusion différente. Les faits étaient similaires. Un club sans but lucratif pour les garçons et les filles avait embauché Griffiths pour superviser le personnel bénévole et organiser des activités récréatives et des sorties pour les enfants. Il a été révélé par la suite que Griffiths avait agressé sexuellement plusieurs enfants à son domicile. La Cour a jugé, par quatre voix contre trois, que le club ne pouvait être tenu responsable du délit civil de Griffiths, faute de lien étroit entre l'emploi de Griffiths et l'acte fautif qui avait été commis (c'est-à-dire que son emploi n'avait pas sensiblement accru le risque de matérialisation de l'agression), ce risque ne s'étant accru que lorsque Griffiths s'était considérablement écarté de son contrat et avait invité les victimes à son domicile.

*Hall Ltd*¹⁸¹ sont beaucoup plus difficiles à expliquer, puisqu'ils postulent qu'un employeur peut être responsable du fait d'autrui pour le délit civil entaché de mauvaise foi commis par un employé lorsqu'il existe un lien étroit entre l'emploi et le délit civil commis. Cette difficulté s'explique toutefois, car chacun des arrêts souffre de graves lacunes conceptuelles qui rendent suspectes les conclusions qui s'en dégagent.

À titre d'exemple, le raisonnement adopté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Bazley* reposait largement sur les raisons de politique générale – la dissuasion, le dédommagement et le risque d'entreprise – qui, comme nous l'avons vu, ne peuvent logiquement expliquer les règles doctrinales relatives à la responsabilité du fait d'autrui. Il est donc raisonnable de penser qu'une théorie de la responsabilité du fait d'autrui qui chercherait réellement à expliquer ces règles aurait du mal à expliquer une décision qui postule des raisons qui les ignore en grande partie¹⁸².

De même, l'arrêt rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *Lister v Hesley Hall* est entaché d'erreur, puisqu'il confond la notion d'obligation intransmissible avec celle de la responsabilité du fait d'autrui d'une manière qui rend certaines parties des jugements obscures¹⁸³. Comme McBride le souligne avec force :

[TRADUCTION]

Or, il semble que, dans l'arrêt *Lister*, la Chambre des lords ait complètement manqué ce point, à savoir que ma responsabilité dans les situations [telles que celle de l'affaire *Morris* constitue] un exemple de *responsabilité personnelle* et non de *responsabilité du fait d'autrui*. Elle s'est donc demandé : que se passerait-il si A confiait des biens aux soins de B et que B les remettait à son employé, C, et que C les volait? Eh bien – B sera tenu de verser des dommages-intérêts à A. Pourquoi? Parce qu'il est responsable du fait d'autrui pour le délit civil commis par C en volant les biens. (Faux : il est tenu personnellement responsable parce que, du fait de C, B a manqué à l'obligation intransmissible qu'il avait envers A de prendre des mesures raisonnables pour protéger les biens de A.) Pourquoi est-il tenu responsable du fait d'autrui? Eh bien – parce qu'il existe un lien « étroit et direct » entre les tâches auxquelles C était affecté et le délit civil qu'il a commis en volant les biens. Conclusion : un employeur sera tenu pour responsable du fait d'autrui pour un délit civil commis par un employé s'il existe un lien « étroit et direct » entre la tâche pour laquelle l'employé a été engagé et le délit civil commis par lui. Les programmeurs informatiques ont un terme pour décrire ce type de raisonnement : [TRADUCTION] « à données inexactes, résultats erronés » (*garbage in, garbage out* en anglais, ou « GIGO » en abrégé). La Chambre des lords a tiré une [mauvaise] conclusion dans l'arrêt *Lister* (selon laquelle un employeur sera tenu responsable du fait d'autrui pour le délit civil commis par son employé s'il existe un lien « étroit et direct » entre la tâche pour laquelle l'employé a été engagé et le délit civil commis par

¹⁸¹ *Lister v Hesley Hall*, *supra* note 6. Les faits de l'affaire *Lister v Hesley Hall* étaient les suivants. La société défenderesse exploitait un centre d'hébergement pour enfants en difficulté qui fréquentaient une école voisine administrée par elle. Elle avait engagé un couple marié, M. et M^{me} Grain, pour assurer la direction du centre d'hébergement et y maintenir la discipline. Malheureusement, à l'insu de la société, M. Grain a systématiquement agressé sexuellement les demandeurs. Ces derniers ont alors poursuivi la société en dommages-intérêts, soutenant qu'elle devait répondre, au titre de la responsabilité du fait d'autrui, des actes délictueux commis par les époux Grain. La Chambre des lords a conclu à l'unanimité à la responsabilité du fait d'autrui de la société motif pris de ce qu'il existait un lien suffisamment étroit entre les fonctions confiées à Grain et les actes d'agression qu'il avait perpétrés.

¹⁸² Pour une analyse critique de l'arrêt *Bazley*, voir Klar, « Judicial Activism », *supra* note 24; Neyers et Stevens, *supra* note 83; et GHL Fridman, « "The Course of Employment": Policy or Principle? » (2002) 6 *Newcastle L Rev* 61 à la p 66 (la démarche de la Cour suprême représente [TRADUCTION] « le triomphe des considérations de politique générale sur les principes » et peut être [TRADUCTION] « non souhaitable, en plus d'être erronée et inutile »).

¹⁸³ *Lister v Hesley Hall*, *supra* note 6. Voir en particulier les décisions de lord Hobhouse aux para 54–55 et de lord Millet au para 82. Les notions de faute personnelle et de responsabilité du fait d'autrui se recoupent et se prêtent fréquemment à confusion. Comme d'autres l'ont relevé, le premier volet du critère Salmond (les actes fautifs autorisés par l'employeur) relève en réalité de la responsabilité primaire plutôt que de la responsabilité du fait d'autrui : voir CA Hopkins, « What Is The Course of Employment? » (2001) 60 *CLJ* 458 à la p 458; *Lister v Hesley Hall*, *supra* note 6 au para 65, lord Millet; Klar, *Tort Law*, *supra* note 4 à la p 586. On trouve un autre exemple récent de cette confusion chez David McArdle, « His Master's Vice: Vicarious Liability for the Acts of Violent Employees after *Lister v Hesley Hall Ltd* » (2003) *J of Obligations & Remedies* 43 à la p 53, où l'auteur soutient que [TRADUCTION] « [s]i ceux dont les intérêts commerciaux s'étendent à l'économie nocturne ne veillent pas à ce que leurs employés potentiels soient dûment agréés et adéquatement formés, s'ils ne vérifient pas leurs références ou ne leur dispensent pas une formation continue appropriée, le droit de la responsabilité du fait d'autrui ne devrait leur offrir aucun refuge », c'est-à-dire que les employeurs devraient être tenus pour responsables du fait d'autrui en raison de leur faute personnelle.

l'employé) parce que son raisonnement reposait sur une prémisse [erronée] (à savoir que la responsabilité de B dans l'exemple précité relevait de la responsabilité du fait d'autrui plutôt que de la responsabilité personnelle)¹⁸⁴.

D'autres ont également relevé cette erreur¹⁸⁵. Compte tenu de ces insuffisances conceptuelles, on peut soutenir avec force que la solution retenue en matière de responsabilité du fait d'autrui dans les arrêts *Bazley* et *Lister v Hesley Hall* est entachée d'erreur. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle est parvenue la majorité des juges de la Haute Cour de l'Australie dans l'arrêt plus récent *New South Wales v Lepore*¹⁸⁶, où la responsabilité du fait d'autrui a été circonscrite aux situations classiques de négligence et de délits civils commis de bonne foi, soit des situations qui engagent la responsabilité du fait d'autrui et qui sont parfaitement compatibles avec la théorie de la doctrine fondée sur l'indemnisation.

Cela dit, il serait néanmoins possible de concilier les conclusions dégagées dans les arrêts *Bazley* et *Lister v Hesley Hall* en les rattachant à une faute personnelle. Ainsi, certains ont laissé entendre que la conclusion dégagée dans l'arrêt *Lister v Hesley Hall* pourrait s'expliquer par une analyse relative à l'obligation intransmissible¹⁸⁷, voie de recours que la Cour suprême du Canada a désormais largement fermée aux demandeurs canadiens¹⁸⁸. Le problème que pose cette analyse tient au fait qu'elle cherche à déterminer les motifs justifiant l'imposition de l'obligation intransmissible, alors qu'un système juridique rationnel peut difficilement concevoir de telles obligations *ex nihilo*¹⁸⁹. Un autre écueil lié à l'analyse relative à l'obligation intransmissible au vu des faits de l'affaire *Lister v Hesley Hall* consiste à déterminer le bénéficiaire de cette obligation intransmissible, puisque celle de ces obligations qui serait la plus plausible serait l'obligation contractuelle que

¹⁸⁴ Nick McBride, « *Lister v Hesley Hall Ltd*, The Times, May 10th 2001 HL », commentaire d'arrêt, en ligne : Pearson Education <http://cwx.prenhall.com/bookbind/pubbooks/ema_uk_he_mcbride_tortlaw_1/chapter1/deluxe.html>.

¹⁸⁵ Voir, par exemple, Weir, *supra* note 12 à la p 103 ([TRADUCTION] « Ces analyses distinctes (responsabilité du fait d'autrui et obligation intransmissible) n'ont pas été correctement séparées »); Paula Giliker, « Rough Justice in an Unjust World » (2002) 65 Mod L Rev 269 à la p 276 ([TRADUCTION] « En ne distinguant pas la responsabilité primaire de la responsabilité du fait d'autrui [...], la Chambre a raté une occasion précieuse de clarifier le droit »); *Lepore*, *supra* note 5 au para 208, juges Gummow et Hayne ([TRADUCTION] « Les analyses de lord Hobhouse et lord Millett [dans l'arrêt *Lister v Hesley Hall*] font fortement écho à la notion d'obligations intransmissibles »); Markesinis, *Markesinis and Deakin*, *supra* note 12 à la p 598; Deakin, *supra* note 62 à la p 110; Mark Lunney et Ken Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2003 à la p 789; Jones, *supra* note 12 aux pp 420, 429; Brenda Barrett, « Vicarious Liability for Acts Connected With Employment » (2000) 35 Law Teacher 391 à la p 397.

¹⁸⁶ *Lepore*, *supra* note 5, juges Gaudron, Gummow, Hayne et Callinan.

¹⁸⁷ Comme le soutiennent McBride et Bagshaw, *supra* note 12 à la p 652 :

[TRADUCTION]

[Leurs Seigneuries] auraient pu aisément conclure que les défendeurs dans l'affaire *Lister [v Hesley Hall]* étaient *personnellement* responsables de dédommager les demandeurs pour le préjudice qu'ils avaient subi du fait d'avoir été agressés sexuellement par Grain. Leurs Seigneuries auraient pu parvenir à cette conclusion en invoquant le principe de l'obligation de diligence intransmissible. Il leur aurait été loisible de conclure que les défendeurs étaient tenus envers les demandeurs d'une obligation de diligence intransmissible de veiller sur eux; que les défendeurs avaient confié à Grain la tâche de veiller sur les demandeurs et que Grain avait placé les défendeurs dans une situation telle qu'ils avaient manqué à l'obligation de diligence intransmissible qu'ils avaient envers les demandeurs, lorsqu'en agressant sexuellement les demandeurs, il avait failli à son devoir de veiller sur eux comme il se devait de le faire. Il est difficile de comprendre pourquoi la Chambre des lords n'a pas retenu cette analyse dans l'affaire *Lister [v Hesley Hall]*, d'autant plus que ce sont *précisément* ces considérations qui l'ont menée à conclure à l'existence d'un « lien suffisamment étroit » entre les délits civils commis par Grain dans l'affaire *Lister* et les fonctions pour lesquelles il avait été engagé, justifiant ainsi l'imputation de la responsabilité *du fait d'autrui* aux défendeurs pour ces délits civils.

¹⁸⁸ Voir, par exemple, *KLB c Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 RCS 403 (*KLB*) (l'État n'a pas d'obligation intransmissible envers les enfants placés en famille d'accueil); *EDG c Hammer*, 2003 CSC 52, [2003] 2 RCS 459 (un conseil scolaire n'a pas d'obligation intransmissible envers les écoliers dont il a la garde).

¹⁸⁹ Voir, par exemple, les commentaires de lord Mustill dans *White v Jones*, [1995] 2 AC 207 (HL) à la p 291 : [TRADUCTION] « [I] n'est ni propice au développement ordonné du droit, ni à la certitude qu'exige la commodité pratique, que soient purement et simplement inventées des obligations, du point de vue du droit positif, afin de répondre à ce qui paraît juste dans une espèce donnée. »

le pensionnat devait aux tuteurs des enfants – une obligation qui n’ouvrirait aucune voie de recours directe aux enfants.

Bien qu’il existe certains écueils potentiels à vouloir rationaliser l’arrêt *Lister v Hesley Hall* sur la base de l’« obligation intransmissible », on peut néanmoins soutenir que la responsabilité pour négligence traditionnelle aurait pu être engagée au vu des faits de l’affaire *Bazley*¹⁹⁰. Comme l’a souligné la juge Gaudron dans l’arrêt *Lepore*¹⁹¹ :

[TRADUCTION]

En règle générale, lorsqu’il y a une augmentation significative d’un risque prévisible associé à une entreprise offrant des soins aux enfants, il incombe alors personnellement à ceux qui dirigent cette entreprise [...] de prendre des mesures raisonnables pour empêcher la matérialisation de ce risque. [...]

Et si la maltraitance survient dans des circonstances où un employé a profité d’une occasion qui aurait pu être évitée par l’exercice d’une diligence raisonnable, l’employeur devrait être tenu directement responsable.

L’établissement ou l’organisme résidentiel qui omet de prendre des mesures raisonnables pour mettre en place un système visant à empêcher ses employés d’entrer en contact personnel avec un enfant ou une autre personne vulnérable, à moins d’être supervisés ou accompagnés par un autre adulte, devrait être tenu directement responsable en négligence si la maltraitance survient dans une situation où il n’y a ni supervision ni accompagnement par un adulte. En outre, il semble presque certain que, sur cette base, l’issue ne serait pas différente de celle dans des affaires factuellement similaires à celles tranchées dans les arrêts *Bazley* et *Lister [v Hesley Hall Ltd]*. De même, pour ce motif, permettre à un employé de partager une chambre avec un enfant confié à ses soins, comme ce fut le cas dans l’affaire *Trotman [v North Yorkshire CC]*¹⁹², constituerait un manquement à une obligation personnelle de diligence [...] entraînant une responsabilité directe.

Ainsi, la théorie de la responsabilité du fait d’autrui fondée sur l’indemnisation peut expliquer les arrêts classiques, tels que les arrêts *Lloyd* et *Morris*, en postulant que, bien compris, ils relèvent de la responsabilité personnelle plutôt que de la responsabilité du fait d’autrui¹⁹³. De même, les arrêts modernes tels que les arrêts *Bazley* et *Lister v Hesley Hall* ne contredisent pas la théorie proposée ici pour l’une ou l’autre des deux raisons suivantes : soit ils ont été mal jugés et ne font donc pas partie du droit qui appelle une justification (comme l’a jugé la Haute Cour de l’Australie dans l’arrêt *Lepore*); soit ils constituent, eux aussi, des cas de faute personnelle prenant la forme d’un manquement à une obligation intransmissible ou à une obligation traditionnelle de diligence.

¹⁹⁰ En réalité, aucune décision n’a jamais été rendue sur la question de la responsabilité personnelle dans l’affaire *Bazley*, les deux parties ayant plaidé en supposant que la Foundation n’avait pas fait preuve de négligence : voir *Bazley*, *supra* note 23 au para 5. Une telle décision a toutefois été rendue par le juge de première instance dans l’affaire *Lister*, lequel avait estimé que la société défenderesse n’avait pas fait preuve de négligence dans les soins prodigués aux demandeurs : voir *Lister v Hesley Hall*, *supra* note 6 au para 221.

¹⁹¹ *Supra*, note 5 aux para 123–25. Pour un point de vue semblable, voir Sheila Wildeman, « Vicarious Liability for Sexual Assault: The Two New Tests for Scope of Employment in *B(PA) v Curry* and *T(G) v Griffiths* » (1998) 7 Dal J Leg Stud 1 aux pp 86–87, où l’auteure affirme que [TRADUCTION] « l’on peut soutenir que la meilleure façon d’établir les limites appropriées de la responsabilité de l’employeur en cas d’agression sexuelle commise par un employé, ainsi que son élargissement éventuel, n’est pas de s’attacher au rôle même de l’employé, mais à l’obligation même de l’employeur, envisagée soit dans le cadre d’une analyse de la norme de diligence en matière de négligence, soit sous l’angle d’une obligation fiduciaire ».

¹⁹² [1999] LGR 584 (CA).

¹⁹³ Voir, par exemple, *Dubai*, *supra* note 49 aux para 27–29, lord Nicholls de Birkenhead :

[TRADUCTION]

En abordant des décisions relatives à des comportements malhonnêtes, je laisse de côté les affaires dans lesquelles une entreprise ou un employeur assume une responsabilité envers un tiers et en confie ensuite l’exécution à un associé ou à un mandataire malhonnête. [...] Je laisse également de côté les affaires dans lesquelles la partie lésée est victime d’une fraude commise par un employé agissant dans le cadre de ses pouvoirs apparents. [...] Je n’ai pas non plus besoin de m’engager dans le débat visant à déterminer si l’une ou l’autre de ces deux catégories d’affaires relève, à proprement parler, de la responsabilité du fait d’autrui.

Voir également *Plains Engineering Ltd v Barnes Services Ltd* (1987), 43 CCLT 129 (ABQB).

D. DÉLÉGATION OCCASIONNELLE

Une autre critique susceptible d'être adressée au sujet de la théorie exposée ici est qu'elle ne permet pas d'expliquer l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui dans les situations de délégation occasionnelle (également connue sous le nom de responsabilité du fait d'autrui pour l'utilisation d'un chatel ou pour les mandataires à titre gratuit). Cette doctrine, qui a reçu l'aval de la Chambre des lords dans l'arrêt *Morgans v Launchbury*¹⁹⁴, repose sur l'idée que lorsque B demande à A d'accomplir une tâche nécessitant l'utilisation d'un chatel appartenant à B (presque toujours un véhicule automobile)¹⁹⁵, B sera tenu responsable du fait d'autrui pour le délit civil commis par A pourvu que l'usage du bien par A ait été [TRADUCTION] « aux fins du propriétaire, dans le cadre de la délégation d'une tâche ou d'une obligation¹⁹⁶ ». Dans de telles circonstances, on dit que B est responsable du fait d'autrui parce que A conduit en tant que « mandataire » non contractuel de B dans l'exercice de son mandat. Comme l'a observé lord Wilberforce dans l'arrêt *Morgans*, dans de tels contextes, « le mandat » n'est qu'une notion dont le sens et la fonction consistent à dire « est responsable du fait d'autrui¹⁹⁷ ». L'opinion généralement admise est que cette doctrine ne découle pas d'un principe, mais qu'elle a plutôt été maintenue et étendue uniquement afin de permettre aux victimes d'accidents de la route d'avoir accès à la couverture d'assurance du propriétaire du véhicule – c'est-à-dire pour servir les considérations de politique générale censées expliquer la responsabilité du fait d'autrui¹⁹⁸.

La difficulté que suscite le recours à la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation pour expliquer ces arrêts tient au fait que le mandat est exercé à titre gratuit et ne repose pas sur un contrat¹⁹⁹. Si tel est effectivement le cas, il semblerait alors impossible de fonder, dans ces situations, la responsabilité du fait d'autrui sur une indemnisation contractuelle. Pour répondre à cette difficulté, plusieurs arguments peuvent être avancés.

Le premier de ces arguments consiste à soutenir que les arrêts relatifs à la délégation occasionnelle peuvent s'expliquer sur le fondement d'un autre mode de responsabilité. C'est la démarche adoptée dans les premières éditions de *Bowstead & Reynolds on Agency*, lesquelles tentaient d'expliquer bon nombre de ces arrêts comme

¹⁹⁴ [1973] AC 127 (HL) [*Morgans*].

¹⁹⁵ Cette doctrine trouverait son origine dans des affaires relatives aux chevaux et aux calèches (voir, par exemple, *Wheatley v Patrick* (1837), 2 M & W 650, 150 ER 917; *Chandler v Broughton* (1832), 1 Cr & M 29, 149 ER 301) et a été appliquée aux bateaux (voir "*Thelma*" (*Owners*) v *University College School*, [1953] 2 Lloyd's Rep 613; *Pawlak v Doucette*, [1985] 2 WWR 588 (BCSC) aux pp 597–601) et aux avions (voir *Rand v Bamac Construction Ltd* (1988), 55 DLR (4^e) 467 (SKCA) (où la demande a été rejetée en raison des faits)). Certains tribunaux ont même appliqué cette doctrine dans des situations où aucun chatel n'était en cause : *S v Attorney-General*, [2003] 3 NZLR 450 (CA) (jugement retenant la responsabilité du fait d'autrui de l'État pour le délit civil entaché de mauvaise foi par des parents d'accueil bénévoles).

¹⁹⁶ *Morgans*, *supra* note 194 à la p 135, lord Wilberforce. Voir également l'allocation de lord Cross à la p 144 (citée ci-dessous) et celle de lord Salmon à la p 149. Par conséquent, la simple autorisation d'utiliser le chatel ne suffit pas à engager la responsabilité du fait d'autrui : *Morgans*; *Carberry v Davies*, *supra* note 101.

¹⁹⁷ *Morgans*, *ibid* à la p 135.

¹⁹⁸ Voir, par exemple, Atiyah, *supra* note 10 aux pp 134–35; Rogers, *Winfield and Jolowicz*, *supra* note 4 à la p 727; Fleming, *supra* note 20 à la p 430; Fridman, *Torts in Canada*, *supra* note 10 aux pp 288–89; Markesinis, *Markesinis and Deakin*, *supra* note 12 à la p 582; Lunney et Oliphant, *supra* note 185 aux pp 791–92. Mais voir les propos du juge McHugh dans *Scott v Davies*, [2000] 175 ALR 217, [2000] HCA 52 au para 120 [*Scott*] qui a soutenu avec force que [TRADUCTION] « [l]es affaires relatives aux "voitures automobiles" ne sont pas le fruit d'une ingénierie sociale irrationnelle de la part des juges de common law. Il ne fait aucun doute que le véritable fondement de ces décisions n'est apparu que lentement. Mais c'est souvent ainsi que procède la common law. »

¹⁹⁹ Comme le fait remarquer lord Cross dans l'arrêt *Morgans*, *supra* note 194 à la p 144 : [TRADUCTION] « Le propriétaire du chatel sera responsable si la personne qui l'utilisait le faisait en qualité de mandataire. [...] Comme [la jurisprudence] [...] le montre, l'utilisateur n'a pas besoin d'agir dans le cadre d'un contrat. Il suffit que le chatel soit utilisé, au moment pertinent, conformément à une demande formulée par le propriétaire et à laquelle l'utilisateur a acquiescé. » Voir également lord Pearson à la page 141 : [TRADUCTION] « Je pense qu'il doit y avoir acceptation, par le mandataire, d'un mandat émanant du mandant, bien que ni l'acceptation ni le mandat n'aient besoin d'être exprimés formellement ou d'avoir force obligatoire. »

reposant sur une faute personnelle²⁰⁰. Comme l'affirmaient les auteurs : [TRADUCTION] « [L]a meilleure explication de ces arrêts pourrait en réalité s'avérer simplement qu'il y a manquement à une obligation personnelle du propriétaire de faire preuve de diligence dans la gestion de la voiture lorsqu'elle est utilisée à ses propres fins, obligation qu'il ne saurait éviter en déléguant la conduite à un tiers²⁰¹. » Bien que cette théorie présente une certaine plausibilité, elle constitue une explication problématique de la doctrine énoncée dans l'arrêt *Morgans* pour un certain nombre de raisons. Premièrement, elle n'explique pas pourquoi il existerait une obligation intransmissible propre aux véhicules automobiles. Qu'y a-t-il de particulier aux véhicules automobiles qui justifierait l'existence d'une telle obligation spéciale? Deuxièmement, elle n'explique pas réellement pourquoi cette obligation intransmissible serait limitée aux situations où le véhicule est utilisé pour les fins du propriétaire, comme l'exige l'arrêt *Morgans*. À titre d'exemple, si la justification d'une telle obligation résidait dans le caractère intrinsèquement dangereux des automobiles²⁰², ce raisonnement devrait s'appliquer de la même manière à toutes les situations dans lesquelles le propriétaire autorise un tiers à utiliser le véhicule. Troisièmement, les jugements rendus dans l'arrêt *Morgans* sont formulés en termes larges de mandat, plutôt que sur le terrain plus étroit des véhicules automobiles²⁰³, de sorte qu'une analyse fondée sur l'obligation intransmissible devrait alors s'étendre à des situations très éloignées de l'usage de véhicules dangereux pour englober l'utilisation de tout chatel²⁰⁴. Pour ces raisons, la théorie avancée dans les premières éditions de *Bowstead & Reynolds on Agency* ne fournit pas, en définitive, une explication satisfaisante de la jurisprudence relative à la délégation occasionnelle²⁰⁵.

Un second argument, plus prometteur, consiste à soutenir qu'il n'existe aucun conflit avec la théorie fondée sur l'indemnisation, puisque la doctrine de la délégation occasionnelle est erronée et ne requiert donc aucune justification. Cette voie semble d'autant plus plausible que des doutes ont été exprimés à maintes reprises au sujet de ce [TRADUCTION] « recoin plutôt mystérieux du droit de la responsabilité civile délictuelle²⁰⁶ » qui [TRADUCTION] « ne s'intègre aisément dans aucune catégorie juridique existante²⁰⁷ » et est, pour cette raison, qualifiée de « *sui generis*²⁰⁸ » ou encore de [TRADUCTION] « fiction juridique²⁰⁹ ». Plus fondamentalement, dans l'arrêt récent *Scott v Davis*²¹⁰, la Haute Cour de l'Australie a indiqué que cette doctrine reposait sur une erreur et a refusé de l'étendre à des chatels autres que les véhicules à moteur. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Gleeson, en réponse à la suggestion selon laquelle l'Australie devrait suivre l'arrêt *Morgans v Launchbury* jusqu'à sa conclusion logique :

²⁰⁰ Voir, par exemple, Reynolds, *Bowstead & Reynolds*, *supra* note 10.

²⁰¹ *Ibid* à la p 509.

²⁰² Voir *Honeywill & Stein*, *supra* note 95, établissant un lien entre les obligations intransmissibles et les travaux particulièrement dangereux. Cette décision a été remise en question quant à l'exactitude de son énoncé de la common law dans *Stevens v Brodribb Sawmilling* (1986), 160 CLR 16 (HCA).

²⁰³ Pour un point de vue semblable, voir Rogers, *Winfield and Jolowicz*, *supra* note 4 à la p 729; *Scott*, *supra* note 198 au para 107, juge McHugh.

²⁰⁴ Voir l'arrêt *Moynihan v Moynihan* (1975), IR 192, dans lequel la Cour suprême a retenu la responsabilité du fait d'autrui de la propriétaire d'une théière pour la négligence dont avait fait preuve son proche en versant du thé.

²⁰⁵ La dernière édition précise désormais que [TRADUCTION] « ces affaires ne relèvent pas du mandat, du moins au sens strict du terme » et que, par conséquent, [TRADUCTION] « il convient de consulter les ouvrages sur la responsabilité civile délictuelle pour plus de détails ». Voir Reynolds, *Bowstead & Reynolds*, *supra* note 10 à la p 427.

²⁰⁶ FMB Reynolds, « Casual Delegation » (2001) 117 Law Q Rev 180 à la p 180.

²⁰⁷ Rogers, *Winfield and Jolowicz*, *supra* note 4 à la p 727.

²⁰⁸ Dugdale, *Clerk & Lindsell*, *supra* note 10 à la p 260.

²⁰⁹ Peter Handford, « Trimming the Wings of Vicarious Liability » (2001) 9 Tort L Rev 97 à la p 100.

²¹⁰ *Scott*, *supra* note 198.

[TRADUCTION]

Je ne peux accepter qu'il existe un principe d'une telle portée. Plusieurs objections s'y opposent. Premièrement, comme le démontrent les motifs du juge Gummow, ce principe ne repose sur aucune assise jurisprudentielle solide²¹¹. Deuxièmement, il est impossible de le concilier avec la règle générale selon laquelle une personne n'est pas responsable du fait d'autrui pour la négligence d'un entrepreneur indépendant²¹². Un entrepreneur indépendant peut utiliser un objet à la demande d'un tiers et pour les fins de celui-ci, sans que ce dernier ne soit normalement responsable de la négligence de l'entrepreneur. Troisièmement, le critère d'application du principe est mal défini et risque d'être arbitraire dans sa mise en œuvre. Il existe de nombreuses circonstances dans lesquelles le propriétaire ou le baillaire d'un chatel peut demander ou permettre à une autre personne de l'utiliser ou de le faire fonctionner, sans qu'il soit facile de déterminer si l'usage sert une fin du propriétaire ou du baillaire. Les difficultés éprouvées pour décider si un véhicule automobile mis à la disposition de plusieurs membres d'une famille est, dans un cas particulier, utilisé pour une fin du propriétaire illustrent bien ce point. L'échec de la tentative visant à élaborer une doctrine particulière relative à la voiture familiale reflète ces difficultés. Dans un contexte social, les jugements fondés sur l'attribution d'une finalité peuvent être artificiels et forcés²¹³.

La teneur des jugements majoritaires montre clairement que, si la Haute Cour avait été invitée à retrancher cette doctrine du droit australien, elle l'aurait fait, mais qu'elle s'en est abstenue uniquement parce qu'aucune des parties n'avait remis en cause le bien-fondé de l'arrêt phare *Soblusky v Egan*²¹⁴ qui avait introduit cette doctrine en Australie²¹⁵. Si la Haute Cour a raison, il n'existe alors aucun conflit avec la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation, puisqu'il n'y a pas – et ne devrait pas y avoir – de doctrine de délégation occasionnelle. Bien que cette solution permette de résoudre de manière satisfaisante l'incongruité supposée, certains pourraient néanmoins éprouver encore une réticence à accepter la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation si cela nécessite de retrancher du droit une doctrine qui, d'une manière ou d'une autre, a reçu l'appui du Conseil privé²¹⁶, de la Chambre des lords²¹⁷ et de diverses cours d'appel du Commonwealth²¹⁸.

Ce qui nous amène à un troisième argument possible, à savoir que les résultats des affaires relatives à la délégation occasionnelle pourraient être considérés comme compatibles avec la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation. Cet argument reconnaîtrait que, bien que le mandat soit, d'une part, à titre *gratuit* dans la mesure où la « mandataire » n'est pas rémunérée pour l'exécution de ses tâches pour le compte du mandant, il est, d'autre part, *onéreux* puisque le mandant/employeur aura implicitement promis

²¹¹ Dans ses motifs dans l'arrêt *Scott*, *ibid* au para 267, le juge Gummow conclut, à l'issue d'une analyse historique approfondie, [TRADUCTION] « que les arrêts du XIX^e siècle invoqués en l'espèce [notamment les arrêts *Wheatley v Patrick* et *Chandler v Broughton*] n'étaient pas les principes que les appelants prétendent en tirer. Au contraire, l'issue de ces affaires a été largement dictée par le régime de plaidoirie en common law alors en vigueur sous l'empire des *Hilary Term Rules*. Il ne peut y avoir d'autre interprétation valable de ces arrêts. » De même, au paragraphe 212, il a dit :

[TRADUCTION]

Le résultat remarquable [de la mauvaise interprétation de ces arrêts] a été que la notion de « contrôle » – invoquée dans un élément de plaidoirie pour démontrer que des éléments de preuve incontestés pouvaient étayer une allégation controversée, mais irréfutable – est devenue suffisante pour imputer la responsabilité à première vue au propriétaire d'un véhicule dans ces affaires. Par la suite, l'arrêt *Samson v Aitchison* [*infra*, note 216] a été ajouté à la note de bas de page à l'appui du passage dans les éditions successives de Salmond – exemple d'amplification autoréférentielle d'un point de droit.

²¹² Pour un point de vue semblable, voir BJ Brooke-Smith, « Liability for the Negligence of Another – Servant or Agent? » (1954) 70 Law Q Rev 253 à la p 260; Fleming, *supra* note 20 à la p 430.

²¹³ *Scott*, *supra* note 98 au para 18 [notes de bas de page ajoutées].

²¹⁴ (1960), 103 CLR 215 (HCA) [*Soblusky*].

²¹⁵ Pour un point de vue semblable, voir Handford, *supra* note 209 à la p 98; *Gutman v McFall*, [2004] NSWCA 378 aux para 53–56.

²¹⁶ *Samson v Aitchison*, [1912] AC 844 (PC); *Trust Co Ltd v de Silva*, [1956] 1 WLR 376 (PC); *Rambarran v Gurrucharran*, [1970] 1 All ER 749 (PC).

²¹⁷ *Morgans*, *supra* note 194.

²¹⁸ Voir, par exemple, *Soblusky*, *supra* note 214; *Manawatu County v Rowe*, [1956] NZLR 78 (CA); *Gramak Ltd v O'Connor* (1974), 1 OR (2^e) 505 (CA).

d'indemniser la mandataire à titre gratuit pour des préjudices subis dans l'exécution de son mandat. Comme l'a soutenu le comte Halsbury, lord chancelier, dans l'arrêt *Sheffield Corporation v Barclay* :

[TRADUCTION]

Il est un principe général du droit que, lorsqu'un acte est accompli par une personne à la demande d'une autre personne, cet acte n'étant pas en soi manifestement délictueux à la connaissance de la personne qui l'accomplit, et que cet acte se révèle préjudiciable aux droits d'un tiers, la personne qui l'a accompli a droit à une indemnisation de la part de celle qui en a requis l'accomplissement²¹⁹.

Certes, ce principe ne s'appliquerait pas entièrement aux faits des affaires relatives à la délégation occasionnelle, puisque lord Halsbury traitait de situations où la personne indemnisée n'avait d'autre choix que d'accomplir l'acte demandé, alors que, dans les situations qui nous occupent, le mandataire à titre gratuit était libre de refuser. Toutefois, cet énoncé du droit laisse entrevoir la possibilité qu'une obligation d'indemnisation puisse être implicitement reconnue si la combinaison des faits s'y prête.

Quels seraient donc les faits qui auraient amené les parties à convenir vraisemblablement d'une indemnisation si elles avaient porté leur attention sur la question? Une fois établi que la « mandataire à titre gratuit » n'est pas une entrepreneure indépendante agissant à ses propres risques (c'est-à-dire elle-même en tant que mandante)²²⁰, il semble que deux facteurs au moins seraient pertinents pour décider s'il y a lieu d'introduire une promesse implicite d'indemniser. Le premier tient à la difficulté et à la durée de la tâche que la mandataire a été chargée d'accomplir, et le second à la présence ou à l'absence d'une assurance. On pourrait soutenir que si A accepte de rendre un service particulièrement onéreux à B, comportant des risques caractéristiques, et que B dispose de la couverture d'assurance nécessaire, il est vraisemblable que B promettrait d'indemniser A si un tel préjudice venait à se produire. En tout état de cause, la reconnaissance implicite d'une telle promesse est compatible avec l'idée d'amitié qui se trouve au cœur de bon nombre de ces affaires.

Si cette analyse est juste, bon nombre des arrêts phares relatifs à la délégation occasionnelle peuvent alors être expliqués d'une manière compatible avec la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation. Bien entendu, des arrêts comme *Morgans*, *Hewitt v Bonvin*²²¹ et *Rambarran v Gurrucharran*²²² s'y conforment naturellement puisqu'ils ont écarté toute responsabilité au motif que la personne à qui on cherchait à imputer la responsabilité du fait d'autrui n'avait pas demandé que l'acte soit accompli. De même, la décision rendue dans l'affaire *Scott* refusant d'imputer la responsabilité du fait d'autrui s'explique également par le fait que l'employeur putatif ne disposait pas d'une assurance couvrant les accidents comme celui qui s'était produit, rendant improbable l'existence d'une promesse implicite d'indemniser²²³. Toutefois, même les arrêts où la responsabilité a été retenue sur la base d'un mandat à titre gratuit, peuvent, semble-t-il, être interprétés dans ce sens. Prenons par exemple l'affaire *Ormrod v Crosville Motor Services Ltd*²²⁴. Dans cette affaire, le défendeur avait demandé à son ami de conduire sa voiture de Birkenhead à Monte-Carlo, le projet étant qu'une fois la

²¹⁹ [1905] AC 392 à la p 397; principe confirmé dans *Yeung Kai Yung v Hong Kong and Shanghai Banking Corporation*, [1981] AC 787 (PC).

²²⁰ Voir *Norton v Canadian Pacific Steamships*, [1961] 2 All ER 785 (CA) (où la demande fondée sur la délégation occasionnelle a été rejetée en raison du statut indépendant des porteurs agréés, assimilables à des entrepreneurs indépendants); *KLB*, *supra* note 188 (l'État n'est pas responsable du fait d'autrui pour les actes des parents d'accueil, ceux-ci ne pouvant être considérés comme représentant l'État et étant, de ce fait, assimilables à des entrepreneurs indépendants). Voir également le jugement du juge McHugh dans l'arrêt *Scott*, *supra* note 198 aux para 23, 70, 110, qui souligne cette limite.

²²¹ [1940] 1 KB 188 (CA).

²²² *Supra*, note 216.

²²³ Davis n'était pas non plus tenu par la loi de souscrire une telle assurance (voir Handford, *supra* note 209 à la p 99; Lunney et Oliphant, *supra* note 185 à la p 792).

²²⁴ *Supra*, note 101. Voir également *Carberry v Davies*, *supra* note 101, qui peut également s'expliquer à l'aide de la méthodologie proposée ici.

voiture arrivée à Monte-Carlo, les amis partiraient ensemble en vacances en Suisse. Toutefois, peu après le départ de Birkenhead, la voiture a été impliquée dans un accident en raison de la négligence de l'ami. La Cour d'appel anglaise a jugé que l'ami conduisait la voiture pour le compte du défendeur et à sa demande, et que celui-ci était donc responsable du fait d'autrui pour cette négligence. Si l'on applique la méthodologie exposée ci-dessus, l'introduction d'une obligation implicite d'indemniser dans les circonstances de l'affaire *Ormrod* pourrait paraître justifiée pour deux raisons : premièrement, le trajet était relativement long et comportait le risque inhérent que l'ami soit impliqué dans une collision; deuxièmement, il est fort probable que le défendeur, en tant que propriétaire de la voiture, disposait d'une assurance couvrant précisément ce type de risques²²⁵. Bien entendu, tous les arrêts relatifs à la délégation occasionnelle ne peuvent s'expliquer par ces deux fondements²²⁶, mais, comme l'a relevé le juge McHugh, lui-même fervent défenseur du raisonnement fondé sur le mandat occasionnel, dans l'arrêt *Scott* : [TRADUCTION] « Toutes les affaires relatives aux “véhicules automobiles” n'ont pas été correctement tranchées²²⁷. »

Ainsi, les arrêts relatifs à la délégation occasionnelle ne sont pas en conflit avec la théorie de la responsabilité du fait d'autrui exposée à la partie III du présent article. Soit ils sont mal fondés et ne font donc pas partie du droit qu'il convient de justifier, soit ils peuvent plus ou moins s'inscrire dans cette théorie si l'on admet que, dans certaines circonstances, les parties ont implicitement convenu d'une indemnisation.

V. CONCLUSION

Dans son jugement dans l'affaire *Lepore*, la juge Gaudron a souligné que le droit n'a toujours pas établi un [TRADUCTION] « fondement jurisprudentiel globalisant pour l'imputation [...] de la responsabilité du fait d'autrui » qui soit compatible avec ses caractéristiques centrales²²⁸. En réponse à ce vide, le présent article a proposé la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation. Énoncée brièvement, cette théorie soutient que la seule justification convaincante de la doctrine réside dans la promesse implicite de l'employeuse d'indemniser ses employés pour les préjudices (y compris la responsabilité juridique) subis dans l'exercice de leurs fonctions. Cette thèse a été défendue en quatre volets. Aux parties I et II, l'article a exposé en détail les caractéristiques centrales de la responsabilité du fait d'autrui et expliqué pourquoi les principaux raisonnements justificatifs tirés du contrôle, du dédommagement, de la dissuasion, de l'étalement des pertes, de

²²⁵ Comme le fait remarquer Handford, *supra* note 209 à la p 99, depuis 1930, les propriétaires de voitures anglais sont tenus de souscrire une assurance responsabilité civile.

²²⁶ L'affaire la plus problématique est l'affaire *Samson v Aitchison*, *supra* note 216. Dans cette affaire, une veuve envisageait d'acheter une voiture au défendeur. Elle demanda à son fils, chauffeur de profession, d'examiner la voiture. Le défendeur emmena alors le fils et la veuve faire un essai routier afin de démontrer les qualités de la voiture. À un certain moment au cours de l'essai, le défendeur suggéra au fils de prendre lui-même le volant. Peu après qu'il eut pris le volant, la voiture heurta le demandeur et le blessa en raison de la négligence du fils. Le Conseil privé a conclu à la responsabilité du fait d'autrui du défendeur pour la conduite du fils motif pris de ce que le défendeur « contrôlait » le véhicule. Comme l'a souligné lord Atkinson, à la page 850 : [TRADUCTION] « [S]i le contrôle de la voiture n'a pas été abandonné, il importe peu que [le fils], alors qu'il conduisait la voiture, soit qualifié de mandataire ou de préposé du [défendeur] dans l'accomplissement de cet acte particulier, dès lors que c'est le maintien du contrôle que le [défendeur] aurait dans l'un ou l'autre cas qui le rend responsable de la négligence ayant causé le préjudice. » Compte tenu du fait que le fils était chauffeur de profession, que la tâche qui lui avait été confiée n'était pas particulièrement onéreuse et qu'il est loin d'être certain que le défendeur était ou non assuré, la décision ne pouvait vraisemblablement pas être justifiée suivant la méthodologie proposée ici. D'autres affaires où la responsabilité « du fait d'autrui » a été retenue, mais qui ne peuvent être expliquées comme des cas d'indemnisation, trouvent aisément leur justification dans d'autres considérations. Par exemple, la responsabilité du propriétaire de la voiture/mandant dans l'affaire *Trust Co Ltd v De Silva*, *supra* note 216, s'explique par le fait que le mandant s'était engagé à assurer au défendeur blessé le transport en toute sécurité. De même, *Barnard v Sully* (1931), 47 TLR 557, constitue essentiellement une affaire relative à la preuve plutôt qu'au droit substantiel, le tribunal ayant conclu que lorsque le propriétaire/le passager d'une voiture refuse de témoigner au sujet du statut juridique du conducteur, un juge ou un jury peut tirer la conclusion défavorable selon laquelle le conducteur était un employé/mandataire du propriétaire (c'est-à-dire le titulaire d'un droit à indemnisation).

²²⁷ *Scott*, *supra* note 198 au para 120.

²²⁸ *Lepore*, *supra* note 5 au para 106.

la responsabilité d'entreprise et de la politique mixte n'expliquent pas convenablement ces règles. À la partie III, l'article a montré comment la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation peut expliquer les limites traditionnelles imposées à la responsabilité du fait d'autrui. La partie IV a ensuite examiné les objections possibles à cette théorie et démontré : (1) qu'aucun arrêt phare ne s'oppose à l'adoption de la théorie de la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'indemnisation; et (2) que l'adoption de cette théorie de la responsabilité du fait d'autrui ne signifie pas nécessairement l'abolition de la doctrine par voie de stipulation contractuelle. Si le présent article a atteint son objectif, la responsabilité du fait d'autrui ne sera plus une énigme inexplicée du droit de la responsabilité civile délictuelle, qui semble contredire le régime omniprésent de la faute, mais apparaîtra plutôt comme une application des notions contractuelles de subrogation et d'indemnisation à la relation particulière réunissant l'employé, l'employeur et la victime d'un délit civil. Si cette analyse est juste, alors il s'ensuit également que la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui en common law peut s'expliquer, malgré les prétentions répétées à l'effet contraire²²⁹, comme une manifestation cohérente des principes de justice réparatrice.

²²⁹ Voir, par exemple, le juge Keith Mason, « Fault, Causation And Responsibility: Is Tort Law Just an Instrument of Corrective Justice? » (2000) 19 Austl Bar Rev 201 à la p 206, où le président de la Cour d'appel de Nouvelle-Galles du Sud soutient qu'[TRADUCTION] « il est impossible d'intégrer [la responsabilité du fait d'autrui et l'obligation intransmissible] [...] dans le cadre corrélatif du modèle de justice réparatrice ».