

# Lenteur et demeure : le défaut de ponctualité en droit civil québécois et français

*Pierre RAINVILLE\**

## Résumé

La présente étude s'intéresse aux liens entre la lenteur et la demeure. L'auteur propose, dans un premier temps, une classification des délais en matière contractuelle. Il évalue ensuite l'incidence de cette classification sur la transgression du temps d'exécution. La recherche s'oriente sur la signification qu'il sied d'attribuer au défaut de ponctualité du débiteur ainsi qu'au défaut de protestation du créancier. En l'absence d'un délai de rigueur, l'atermolement n'entrave pas l'exécution future de la prestation. Le droit civil postule l'attentisme du créancier sur la foi de deux présomptions, l'une fondée sur le consentement tacite au report du terme, la seconde axée sur l'absence de préjudice du créancier qui

## Abstract

This article investigates the links between tardiness and the concept of default (« la demeure »). First, the author proposes a classification of contractual deadlines. He then turns towards the legal significance of the debtor's lack of punctuality and the creditor's lack of protest. In the absence of a deadline of strict compliance, the mere lapse of time does not bar the debtor from eventually performing his obligations. Civil law is of the view that the creditor's failure to send a notice of default belies two realities: the creditor tacitly agrees to the postponement of the performance and the creditor suffers no prejudice from this belated performance.

\* Pierre Rainville, LL.B. Laval, D.Phil. Oxford, est professeur titulaire à la faculté de droit de l'Université Laval à Québec. Il adresse ses remerciements les plus sincères à la Fondation du Barreau du Québec ainsi qu'au Centre d'études en droit économique (CÉDÉ) pour leur précieux concours financier dans le cadre de la préparation de la présente étude.

ne proteste point devant les lenteurs de son cocontractant.

L'auteur s'interroge sur la justesse de ces présomptions et en propose une relecture. Le défaut de protestation du créancier est tantôt le gage de sa loyauté envers le contrat, tantôt, au contraire, l'empreinte de sa déloyauté envers le cocontractant. Par son propre mutisme et son défaut de recourir à la mise en demeure, le créancier s'interdit d'élucider la signification de l'inaction du débiteur retardataire. La juridicité du silence des protagonistes n'en est pas moins avérée. D'une part, la nature du délai exprimé dans la convention façonne la signification attribuée au mutisme du créancier. D'autre part, l'ambiguïté du comportement passif du créancier fait échec à la demeure et offre, par la même occasion, une durée d'efficacité accrue au contrat. Pareille analyse se veut soucieuse de la nature du délai d'exécution convenu, du maintien du lien contractuel et de la protection du débiteur. Elle étaye le principe selon lequel l'expressivité de l'attitude du créancier conditionne l'efficacité de ses recours. Au demeurant, cette thèse permet d'aborder avec davantage d'unicité les dommages moratoires et les dommages compensatoires.

The author questions the scope and the accuracy of these two presumptions. Instead, he views the creditor's silence as being either a tacit vow in favour of the continuation of the contractual relationship *or* a lack of loyalty towards the cocontracting party. By turning away from a notice of default, the creditor refrains from elucidating the meaning of the debtor's non-performance. Each party's inaction remains nonetheless vested with legal significance. First, the nature of the contractual deadline shapes up the meaning ascribed to the creditor's lack of protest. Second, the ambiguity triggered by the creditor's passive behaviour prevents the debtor from being put in default and it therefore extends the life of the contract. This solution is mindful of the nature of the contractual term just as it ensures the continuation of the parties' relationship and the debtor's protection. This solution exemplifies the principle that the expressiveness of the creditor's behaviour commands the effectiveness of his legal recourses. This conception also brings closer the legal requirements concerning moratory damages and compensatory damages.



## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	585
<b>I. Le défaut de ponctualité inexpliqué du débiteur: scolies sur l'indulgence avérée du législateur envers le débiteur défaillant</b> .....	587
A. La classification des échéances contractuelles .....	588
B. L'attentisme du droit.....	593
C. L'attentisme du débiteur défaillant.....	596
1. Le silence initial du débiteur défaillant, signe d'ambiguïté .....	596
2. Le défaut de réponse répété du débiteur défaillant, signe d'incurie .....	604
3. La mise en demeure, procédé unilatéral d'élucidation du silence du débiteur.....	607
<b>II. Le défaut de protestation du créancier: scolies sur l'indulgence supposée du créancier envers le débiteur défaillant</b> .....	611
A. Le silence du créancier, empreinte de <i>loyauté envers le contrat</i> .....	612
1. Le silence du créancier et le report supposé du terme.....	612
a. Les fondements de la présomption tirée du silence du créancier .....	614
b. L'objet de la présomption tirée du silence du créancier .....	617
2. Le silence du créancier et l'absence supposée de préjudice.....	625
a. La nature impérative de la mise en demeure .....	626



b. La nature préventive de la mise en demeure.....	631
i. <i>Le silence du créancier et la prévisibilité du préjudice</i> .....	631
ii. <i>Le silence du créancier et la nature du préjudice</i> .....	633
B. Le silence du créancier, empreinte de <i>déloyauté envers le cocontractant</i> .....	635
1. L'absence de mise en demeure ou l'entorse à l'exigence de la bonne foi .....	635
2. L'absence de mise en demeure ou l'entorse au devoir de minimiser le préjudice.....	638
<b>Conclusion</b> .....	643

Il arrive à la passivité de s'inscrire au sein même de la vie contractuelle et de déjouer les prévisions initiales des contractants. Hormis l'hypothèse évidente de l'obligation de ne pas faire<sup>1</sup>, l'inaction se situe normalement à rebours des conséquences juridiques arrêtées par les parties<sup>2</sup>. Elle s'imisce à l'intérieur du rapport contractuel, le contrarie, le refrène.

Force est de s'interroger sur la relation qu'entretiennent le droit et la passivité pour peu que celle-ci s'invite au sein du lien contractuel et le bouleverse en contrevenant aux obligations voulues par les parties. Le présent article s'attarde donc aux conséquences juridiques de l'atermolement à titre d'élément perturbateur au sein de la relation contractuelle. Le défaut de célérité du débiteur et le défaut de protestation du créancier constituent la matrice de la présente étude.

Les conséquences juridiques liées à l'atermolement ne sauraient faire abstraction de l'attitude observée par les contractants eux-mêmes. Certes, le droit civil « a sa propre conception du temps et du retard [...] Il règle le retard d'une manière qui n'est pas neutre, en faisant largement appel à la morale, à certaines valeurs qu'il juge manifestement essentielles dans l'appréhension du rapport d'obligation »<sup>3</sup>. Le droit n'en façonne pas moins principalement sa conception du défaut de célérité sur la foi d'indices comportementaux. Il conçoit en grande partie les répercussions juridiques du défaut de célérité d'après l'attitude affichée par les parties elles-mêmes. Aussi notre analyse entend-elle rendre compte des liens intimes qui unissent le comportement des parties et le sort réservé par le droit civil à l'absence de célérité.

Le défaut de ponctualité a d'emblée pour vocation naturelle de prolonger le rapport contractuel. La durée même du contrat devient, à sa manière, tributaire de l'analyse de l'attitude des parties. Le défaut de protestation au vu de l'inexécution totale ou partielle de l'accord est de nature à insuffler une durée de vie accrue à la convention. L'inexécution du

<sup>1</sup> La « prestation négative » est abordée avec à-propos par Laëticia GAUDIN, *La patience du créancier : contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel*, t. 39, coll. « Doctorat & Notariat », Paris, Defrénois, 2009, p. 218 à 221.

<sup>2</sup> Cette proposition n'est tempérée que par certains cas d'espèce incarnés, par exemple, par la présence d'une clause destinée à conférer une valeur au silence d'une partie. L'on songe à la stipulation de tacite reconduction ou encore à la clause d'un contrat bancaire portant sur l'acceptation silencieuse de l'avis d'opéré.

<sup>3</sup> Anne CATHELINÉAU ROULAUD, « Le retard en droit civil (suite et fin) », *L.P.A* 1998.104.4.

contrat a pour effet paradoxal de prolonger l'existence de l'accord. La frustration des attentes ne saurait, en principe, suffire à dénouer le lien contractuel. Le contrat épuise ses effets par son exécution, non par son inexécution.

Les enjeux du défaut de protestation à l'égard de l'inexécution du cocontractant s'inscrivent d'ailleurs dans la thématique contemporaine voulant que le comportement des parties voie sa juridicité s'accroître au fur et à mesure que se prolonge le contrat : « Cette acceptation du temps dans l'exécution du contrat intensifie le rôle des parties. Au lieu d'estimer que le contrat doit demeurer fixé sur des volontés fondatrices, il garde le cap de la volonté, mais l'actualise selon la conjoncture »<sup>4</sup>. Cette hypothèse se vérifie tout autant lorsque le contrat voit sa durée s'allonger en raison de l'inexécution d'une partie.

L'absence de récrimination en présence d'une exécution qui se fait attendre a tôt fait de transformer ce mutisme *en un silence proprement contractuel*. L'exigibilité de la dette<sup>5</sup>, le droit à des dommages moratoires et la persistance du rapport contractuel sont autant d'enjeux qui passent par l'élucidation de la juridicité du silence observé tantôt par le créancier, tantôt par le débiteur. Le silence prolongé et réciproque des parties est-il susceptible de traduire leur volonté de résilier leur entente<sup>6</sup>? Le créancier est-il admis à faire valoir un préjudice lors même qu'il s'est gardé de toute

<sup>4</sup> Rémy LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », dans *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Louis Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, p. 211, à la page 227. Adde Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2011, p. 365, à propos des contrats de longue durée par opposition aux contrats instantanés : « Le contrat est alors créateur d'un engagement de comportement, plus encore que d'obligations réciproques [...] »; Judith ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », R.D.C. 2004.47, 62 à 66; Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 R.D. McGill 903.

<sup>5</sup> Entendue au sens d'obligation (de faire, de donner). En présence d'un délai d'exécution imprécis, l'inertie du créancier rejaillit sur l'exigibilité même de l'obligation. Comp. Xavier LAGARDE, « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », J.C.P. 1996.I.3974, n° 12; *Pépin (Rosaire Pelouse Enr.) c. Soudure F.M. St-Guillaume Inc.*, 2011 QCCQ 4509.

<sup>6</sup> Le défaut d'inexécution prolongé soulève des enjeux juridiques qui débordent le cadre de la présente étude. L'hypothèse de la résiliation conventionnelle tacite du contrat par suite d'une inexécution prolongée de part et d'autre fera l'objet d'un livre à paraître en 2013 aux Éditions Yvon Blais.

protestation à l'occasion du défaut du débiteur de respecter l'échéance contractuelle? Le créancier est-il tenu de se manifester afin de solenniser l'inexécution du débiteur?

Le présent article étudiera les conséquences juridiques de l'atermolement dans une perspective comparative. La parenté des droits québécois et français en la matière sera source de réflexion quant à la mansuétude présumée du législateur civiliste à l'égard de la partie retardataire.

En l'absence de précision contraire, notre étude supposera la réunion des trois circonstances factuelles suivantes :

- L'inexécution n'est attribuable ni à la force majeure ni à un cas fortuit;
- L'inexécution ne présente aucun caractère irréversible<sup>7</sup>;
- Aucune des parties ne s'est acquittée entièrement de ses obligations.

## **I. Le défaut de ponctualité inexpliqué du débiteur : scories sur l'indulgence avérée du législateur envers le débiteur défaillant**

Le défaut de ponctualité du débiteur interpelle le législateur comme le créancier. La question est de savoir quel sens donner à la passivité du débiteur qui tarde à s'exécuter sans chercher, du reste, à s'en expliquer. Cette inexécution inexpliquée n'est pas sans susciter, le plus souvent, la mansuétude du droit civil.

Les conséquences juridiques de ce défaut de célérité supposent l'examen préalable de la nature de l'échéance contractuelle en droit privé français et québécois.

<sup>7</sup> Sans quoi les articles 1146 C. civ. et 1597 C.c.Q. auraient vocation à s'appliquer. L'article 1597 C.c.Q. précise que le débiteur est en demeure « de plein droit, par le seul effet de la loi, lorsque l'obligation ne pouvait être exécutée utilement que dans un certain temps qu'il a laissé s'écouler ou qu'il ne l'a pas exécutée immédiatement alors qu'il y avait urgence. Il est également en demeure de plein droit lorsqu'il a manqué à une obligation de ne pas faire, ou qu'il a, par sa faute, rendu impossible l'exécution en nature de l'obligation [...] ». L'abréviation « C. civ. » réfère au Code civil français.

## A. La classification des échéances contractuelles

Les délais d'exécution de la prestation obéissent à une triple classification :

1. Les **délais de rigueur** au-delà desquels la prestation est non avenue<sup>8</sup> ;
2. Les **délais impératifs** qui rendent le débiteur redevable de dommages moratoires sans interdire pour autant une exécution ultérieure ;
3. Les **délais purement indicatifs** qui rendent nécessaire l'envoi d'une mise en demeure afin de les dépouiller de leur caractère somme toute approximatif.

Le droit civil se refuse à présumer incontournable le délai d'exécution stipulé au contrat. L'avènement du *Code civil du Québec* aura amplifié cette interprétation favorable au débiteur : le dépassement du délai fixé dans un contrat de nature commerciale ne suffit plus désormais à mettre le débiteur en demeure de s'exécuter<sup>9</sup>. Cette défaveur du droit civil envers les délais de rigueur se reflète dans le libellé même de l'article 1146 C. civ. :

<sup>8</sup> Un délai de rigueur nécessite une indication claire quant au caractère essentiel du respect du délai convenu : 6026729 *Canada Inc. c. Galati-Casullo*, J.E. 2012-1208 (C.S.) ; *Investissements Olymbec Inc. c. Investissements Henry Avrith Inc.*, J.E. 2012-1210 (C.S.) ; *Dunn c. Hébert*, 2008 QCCS 5102, conf. par 2011 QCCA 211 ; *Gestion Christian Veilleux c. Chabot*, 2006 QCCS 6071 ; *Vaillancourt c. Bernard*, J.E. 2003-595 (C.Q.) ; *Beauchamp c. Les Services de Gestion Claude Roy Inc.*, 2003 CanLII 64406 (QC C.S.) ; *Entreprises modernes Daveluyville c. Industries Leclerc Inc.*, J.E. 96-416 (C.S.) ; *Bareil-Stea c. Piasentier*, [1995] R.D.I. 478 (C.A.) ; *Dubord Construction Inc. c. Elkman Development Corp.*, [1992] R.J.Q. 7 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée, C.S.C., 1992-05-07, 22776) ; *Groupe immobilier Grilli Inc. c. Mack*, J.E. 92-990 (C.S.) ; Adrian POPOVICI, « Les avant-contrats », (1995) 1 *C.P. du N.* 130, 164. Le droit français n'en disconvient guère : « Le dépassement du terme convenu pour la signature de l'acte authentique de la vente n'entraîne pas la caducité du contrat dès lors que la signature de l'acte authentique n'était pas une condition de formation de la vente mais une modalité d'exécution de celle-ci dont l'absence ne remet pas en cause l'existence de la vente [...] » : Patrick CHAUVEL, *Rép.civ.* Dalloz, v<sup>o</sup> *Consentement*, n<sup>o</sup> 59.

<sup>9</sup> Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd. par P.-G. JOBIN avec la collab. de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 709 ; Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 1722. Le droit français contient une règle quelque peu apparentée, puisque le



« Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, *excepté néanmoins* lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive, s'il en ressort une interpellation suffisante. »<sup>10</sup>

L'on pourrait certes faire observer que les contrats aux temps d'exécution nimbés de flou connaissent un recul en droit contemporain, principalement dans le domaine du droit de la consommation :

« On assiste en droit de la consommation à un recul de la mise en demeure au profit d'un renforcement du terme des obligations. Le constat ressort de l'éradication des délais de paiement imprécis. D'un côté, les stipulations faisant référence à des dates d'exécution simplement indicatives tombent sous le coup des clauses abusives, réputées non écrites en vertu de l'article L.132-1 du code de la consommation<sup>11</sup> [...] De l'autre, la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 [...] a accru la réglementation des délais de livraison des biens ou de la fourniture de prestations de services. [...] La disposition revient à interdire la stipulation de délais indicatifs, puisque le professionnel ne doit plus mentionner une période, mais une date limite, nécessairement impérative [...] D'ailleurs, après dépassement de plus de sept jours du délai, le consommateur est autorisé à dénoncer le contrat par lettre recommandée avec accusé de réception (C. consom., art. L-114.1, al. 2<sup>12</sup>). »<sup>13</sup>

délai convenu entre commerçants n'est pas forcément assimilé à une échéance de rigueur : Alain BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats civils et commerciaux*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2011, p. 126.

<sup>10</sup> À rapprocher du libellé de l'article 1597 C.c.Q. cité *supra*, note 7 (nos italiques).

<sup>11</sup> Note ajoutée par l'auteur : il faut noter, toutefois, que le contrat de consommation qui se contente de prévoir une date indicative d'exécution n'est pas forcément contraire au droit de la consommation. Une telle stipulation est présumée abusive « sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire » (art. R.132-2 7<sup>o</sup> C. consom.).

<sup>12</sup> Note ajoutée par l'auteur : les contrats de consommation conclus après le 13 juin 2014 tomberont plutôt sous le coup de l'art. 18 de la *Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil*, [2011] J.O.U.E. L 304/81 (ci-après « *Directive 2011/83/UE* »). En l'absence d'un délai de livraison particulier, le commerçant sera tenu de livrer le bien dans les trente jours.

<sup>13</sup> Benoît GRIMONPREZ, *Rép.civ.* Dalloz, n° 23. Le contrat qui tait la date d'exécution ne souffre toutefois pas de nullité : Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 2009, *Contrats, conc., consom.* 2009, n° 256, note Raymond. À défaut d'un délai convenu au contrat, il appartient aux juges du fond de déterminer le délai raisonnable dans lequel la partie

L'exigence de la mise en demeure n'est pourtant pas en passe de connaître un délaissement marqué. Aussi regagne-t-elle la faveur du droit contemporain dès lors que s'amplifie la résolution extrajudiciaire<sup>14</sup>. Sauf hypothèses particulières telles, l'urgence, l'abandon unilatéral du contrat par le créancier ne saurait s'envisager en l'absence d'une mise en demeure préalable acheminée au débiteur de manière à lui rappeler ses obligations et à se garder de toute rupture intempestive<sup>15</sup>. Cette exigence s'observe autant en droit européen de la consommation<sup>16</sup> qu'en droit civil français et québécois.

S'il a pris le parti de la résolution extrajudiciaire, le *Code civil du Québec* n'en a pas moins rappelé, d'une part, le caractère indispensable de la demeure du débiteur et, d'autre part, l'absence de demeure de plein droit du seul fait du passage du temps. L'article 1594 C.c.Q. prend le soin d'indiquer que la demeure de plein droit en raison de l'inobservation du délai contractuel ne s'entend que s'« il y est stipulé que le seul écoulement du temps pour l'exécuter aura cet effet »<sup>17</sup> et l'article 1605 C.c.Q. d'insister sur les formalités préalables à la mise en œuvre de la résiliation extrajudiciaire. La rupture du lien contractuel en l'absence de poursuite judiciaire ne vaut que si « le débiteur est en demeure de plein droit d'exécuter son

---

est tenue de s'exécuter : Com. 12 nov. 2008, *Contrats, conc., consom.* 2009, n° 39, note Leveueur. Comp. Civ. 3<sup>e</sup>, 16 mars 2011, *Contrats, conc., consom.* 2011, n° 135, obs. Leveueur.

<sup>14</sup> Un arrêt très critiqué s'inscrit à contre-courant de cette position doctrinale répandue. La Chambre commerciale de la Cour de cassation exclut l'exigence de la mise en demeure pourtant requise en toutes lettres par le contrat, au motif que la gravité du comportement du débiteur peut dispenser le créancier des formalités prévues pour la mise en œuvre de la clause résolutoire. Voir : Com. 10 févr. 2009, *Contrats, conc., consom.* 2009, n° 123, note crit. Leveueur.

<sup>15</sup> B. GRIMONPREZ, préc., note 13, n° 52; Catherine POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative*, t. 498, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2008, p. 462, 463 et 484 à 491. Il en va de même en droit européen de la consommation : art. 18 de la *Directive 2011/83/UE*, préc., note 12.

<sup>16</sup> Le consommateur ne saurait normalement se délier de son contrat sans avoir accordé, au préalable, un délai de grâce au commerçant qui tarde à réaliser la livraison promise. Voir l'art. 18 de la *Directive 2011/83/UE*, préc., note 12; Gilles PAISANT, « La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », J.C.P. 2012.62, n° 16.

<sup>17</sup> Cette distinction échappe parfois à la jurisprudence. Voir, par exemple, l'interprétation erronée retenue dans l'affaire *West c. Akwasi Agyeman*, J.E. 2012-82, par. 40 et 41 (C.Q.) (requête en rejet d'appel rejetée, C.A., 2012-02-13, 500-09-022277-115, 2012 QCCA 318).

obligation ou qu'il ne l'a pas exécutée dans le délai fixé par la mise en demeure »<sup>18</sup>.

En somme, l'expiration du délai contractuel ne saurait normalement faire entrave à l'exécution subséquente de la prestation du débiteur<sup>19</sup>. Il en va également ainsi en présence d'un délai censé impératif en raison d'une dispense conventionnelle de mise en demeure. L'acquiescement des obligations du débiteur demeure envisageable lors même que ce dernier est déjà tenu au paiement de dommages moratoires<sup>20</sup>. À l'article 1594 C.c.Q. cité précédemment fait écho l'article 1139 C. civ. :

« Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, telle une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte

<sup>18</sup> La question se pose aussi de savoir si la résolution extrajudiciaire est licite en présence d'une demeure de plein droit *de par les termes du contrat*. Autant le législateur québécois autorise la résolution extrajudiciaire en présence d'une demeure de plein droit *de par l'effet de la loi*, autant le Code civil québécois se fait plus ambigu lorsque la demeure de plein droit résulte d'une stipulation contractuelle. De nombreux auteurs québécois se montrent très réticents à discerner, en raison du libellé équivoque des dispositions du *Code civil du Québec*, la volonté du législateur québécois d'autoriser la résolution extrajudiciaire en présence d'une dispense conventionnelle de mise en demeure. Voir : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 9, p. 1816, 1817 et 1821 ; Nathalie VÉZINA, « La demeure, le devoir de bonne foi et la sanction extrajudiciaire des droits du créancier », (1996) 26 *R.D.U.S.* 455, 488 et 489.

<sup>19</sup> Le droit civil se refuse à considérer de rigueur l'échéance contractuelle, à moins que les termes du contrat ou sa nature ne l'exigent. Outre la jurisprudence québécoise citée *supra*, note 8, voir pareillement : Michel ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 72 ; Jean-Pierre LE GALL, « Le retard dans la livraison des marchandises vendues », *RDT com.* 1963.239, 251 et 252 ; Jacques GHESTIN et Bernard DESCHÉ, *Traité des contrats : La vente*, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 720 et 721 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 9, p. 1727 : « La demeure de plein droit à raison du passage du temps exige cependant qu'il soit certain que l'exécution tardive est dirimante, c'est-à-dire désormais vaine ou inutile. » Voir aussi les remarques concordantes de L. GAUDIN, préc., note 1, p. 214.

<sup>20</sup> Aussi convient-il de différencier l'exigibilité de la créance et l'effectivité des droits du créancier : « [...] l'octroi d'un délai de grâce ne diffère pas véritablement [...] l'exigibilité de la créance mais seulement l'effectivité des droits du créancier » ; Marie-Ève PANCRAZI-TIAN, « Résolution et résiliation judiciaires », dans Didier FERRIER, Éric GASTINEL, Pierre-Yves GAUTIER, Yves GÉRARD, Anne LAUDE, Jacques MESTRE, Marie-Ève PANCRAZI-TIAN, Christophe PAULIN, Catherine PRIETO, Emmanuel PUTMAN, Jacques RAYNARD et Philippe REIGNE, *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, p. 65, à la p. 75.

que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.»

La troisième catégorie de délais contractuels<sup>21</sup> emporte, de fait, les faveurs des législateurs français et québécois. Le terme stipulé est normalement de nature indicative<sup>22</sup>. Le droit européen de la consommation n'en disconvient pas non plus<sup>23</sup>. Le débiteur bénéficie d'un sursis d'exécution tant et aussi longtemps que son créancier s'abstient de le rappeler à l'ordre.

Son inexécution au moment prévu au contrat ne l'expose pas davantage au paiement de dommages et intérêts moratoires. Seule l'interpellation formelle par le créancier est de nature à faire cesser l'insouciance échappée du débiteur. À défaut d'une demeure de plein droit de par la nature du contrat, d'une situation d'urgence ou encore des termes mêmes de l'entente, l'inaction et le défaut d'explications du débiteur, le moment de l'échéance venu, ne sauraient lui valoir de sanction<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> La classification des délais contractuels recouvre trois catégories exposées *supra*, p. 588.

<sup>22</sup> Force est d'arbitrer entre le respect du terme et la survie du contrat au moyen du maintien de la prestation promise. Les législateurs français et québécois assoient leur préférence en faveur de l'exécution forcée, tant que faire se peut: «Le caractère en principe simplement indicatif du terme semble bien [...] s'expliquer par un choix nécessaire, en cas de retard, entre la prestation et la chronologie contractuelle. On ne peut matériellement assurer l'efficacité de l'une et de l'autre. Aussi, la prestation prévaut-elle en principe sur la chronologie, de manière à assurer la pérennité du contrat, à moins que la chronologie ne soit intégrée à la prestation, pour en devenir un élément essentiel. Le terme de rigueur apparaît ainsi emprunter sa force obligatoire à l'obligation qu'il affecte. On ne saurait donc dire que le droit français occulte la valeur économique du temps: simplement, le principe est inversé au regard des droits anglo-saxons.» : Anne ETIENNEY, *La durée de la prestation. Essai sur le temps dans l'obligation*, t. 475, coll. «Bibliothèque de droit privé», Paris, L.G.D.J., 2008, p. 227.

<sup>23</sup> Le commerçant est tenu de livrer le bien dans le délai prévu dans le contrat ou, à défaut, dans les trente jours. Cela étant, le dépassement du délai de livraison n'a rien d'irréversible. Le consommateur est alors tenu d'enjoindre le commerçant de lui livrer le bien promis et il se voit donc contraint de lui accorder, de ce fait même, un délai supplémentaire dont la longueur varie selon les circonstances. Ce délai de grâce s'impose à moins que les circonstances ou les déclarations du client aient permis de savoir, au moment de la conclusion du contrat, que le délai convenu revêtait un caractère impératif. Cf. l'art. 18 de la *Directive 2011/83/UE*, préc. note 12, et le considérant n° 52 qui accompagne la directive (L. 304/71).

<sup>24</sup> L'article 1597 C.c.Q. réserve toutefois l'hypothèse du débiteur défaillant impénitent et incorrigible. Ce cas de figure est de nature à donner lieu à une demeure de plein droit en présence d'un contrat à exécution successive. Le libellé de l'article 1597 C.c.Q. figure à la note 7.

## B. L'attentisme du droit

La prédilection des codes civils français et québécois pour les délais d'exécution de nature purement indicative est certes attestée par les principes généraux énoncés aux articles 1139 et 1146 C. civ. de même qu'aux articles 1590 et 1595 C.c.Q.<sup>25</sup>. De nombreuses autres dispositions reprennent la même antienne et prescrivent un régime juridico-temporel favorable au débiteur. Aussi la présence d'une clause pénale ne suffit-elle pas à évacuer la nécessité de la demeure<sup>26</sup> : « Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doit être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure »<sup>27</sup>. Le code civil français prône un principe apparenté en matière de contrats de vente<sup>28</sup>, de

<sup>25</sup> Le législateur québécois affiche sans ambages sa volonté de ménager au débiteur un délai supplémentaire lors même que le terme conventionnel aurait été dépassé. Les commentaires du ministre de la Justice du Québec se font éloquentes : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 979, 983 et 984. Ces dispositions favorables à l'atermoiement s'éclipsent toutefois si les parties ont prévu un délai d'exécution de rigueur (*id.*, p. 982 et 984).

<sup>26</sup> Il en va de même de la présence d'une clause résolutoire laquelle ne saurait normalement dispenser le créancier de l'envoi d'une mise en demeure : Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 2004, *Bull. civ. I*, n° 27, p. 25 ; *Contrats, conc., consomm.* 2004, n° 55, note Leveueur.

<sup>27</sup> Cette règle énoncée à l'article 1230 C. civ. fut jugée comme allant de soi en droit québécois à telle enseigne que le législateur préféra s'abstenir d'édicter une disposition analogue : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, préc., note 25, p. 1007 : « L'article 1134 C.C.B.C., qui exige, pour l'exercice des droits du créancier en vertu de la clause pénale, la mise en demeure préalable du débiteur, est supprimé ; son contenu est déjà prévu par les dispositions générales de la présente section ». Reste la possibilité de concevoir la clause pénale comme valant dispense conventionnelle de mise en demeure (D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 9, p. 1723, qui s'en remettent avec circonspection à une étude circonstanciée fondée sur l'analyse de l'intention des parties et du contexte) ; Civ. 3<sup>e</sup>, 17 nov. 1971, *Bull. civ. III*, n° 564, p. 402 ; Rennes, 14 janv. 2005 : *Juris-Data* n° 270208 ; Colmar, 11 déc. 2003 : *Juris-Data* n° 235261. Le pouvoir souverain confié en l'occurrence aux juges du fond a pour conséquence que la stipulation d'une clause pénale n'emporte pas péremptoirement dispense de mise en demeure : Com. 8 juin 1993, pourvoi n° 91-17.494 (S.A. Serebois PVC c. SARL Wegoma). Comp. *Pépin c. Diamond*, [1989] R.L. 521, 525 (C.A.).

<sup>28</sup> Voir l'article 1652 C. civ. et, en matière de vente immobilière, l'article 1656 C. civ. : « S'il a été stipulé lors de la vente d'immeubles, que, faute du paiement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins

dépôt<sup>29</sup> et de mandat<sup>30</sup>. L'obligation de payer profite elle aussi d'un climat d'indulgence, en droit français<sup>31</sup> comme québécois<sup>32</sup>. Le principe du délai de grâce figure, du reste, en toutes lettres dans les dispositions les plus fondamentales consacrées à l'inexécution<sup>33</sup>. Destinée à accorder un répit au débiteur, cette mansuétude législative ne fait aucunement figure de cas isolé. D'autres mesures procèdent d'une philosophie apparentée. L'interprétation du terme, le sens à donner à une convention et l'articulation des modalités d'exécution de l'obligation font voir la même volonté d'accommodement. Les conventions ambiguës s'interprètent dans un sens favo-

---

payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation ; mais, après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder de délai ».

<sup>29</sup> C. civ., art. 1936.

<sup>30</sup> C. civ., art. 1996.

<sup>31</sup> C. civ., art. 1153. La règle selon laquelle le point de départ des intérêts moratoires est retardé jusqu'au moment de la sommation possède une portée générale : B. GRIMONPREZ, préc., note 13, n° 36., en renvoyant notamment à Civ. 2<sup>e</sup>, 7 déc. 2006, *Bull. civ.* II, n° 348, p. 321 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mai 2002, J.C.P. 2002.II.10182, note Khodri-Benamrouche ; D. 2002. Somm.3177, obs. Groutel. Fait entorse à cette clémence envers le débiteur, le nouvel article 441-6 du Code de commerce français destiné à transposer la directive européenne du 29 juin 2000 sur la lutte contre les paiements tardifs dans les transactions commerciales. Les pénalités de retard en matière de paiements commerciaux sont désormais exigibles « sans qu'un rappel soit nécessaire » (art. L-441-6 du *Code du commerce*) ; Céline BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 458 à 460. Sur les succès relatifs de cette nouvelle disposition préconisant une sanction à effet immédiat, voir l'analyse perspicace de L. GAUDIN, préc., note 1, p. 234 ainsi que le texte de Luc-Marie AUGAGNEUR, « La Directive n° 2011/7 à la recherche d'une "culture du paiement rapide" », *J.-Cl. Contrats, conc., consom.*, 2011, n° 16, au n° 19. Il convient par ailleurs de faire état de l'harmonisation souhaitable des délais de paiement au sein de l'Union européenne abordée dans la *Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales*, [2011] J.O.U.E. L 48/1 et de la belle étude de L.-M. AUGAGNEUR, n° 16.

<sup>32</sup> C.c.Q., art. 1600 et 1617, auxquels s'ajoutent des dispositions particulières tel l'article 1883 C.c.Q.

<sup>33</sup> C. civ., art. 1184 et 1244-1 ; C.c.Q., art. 1595 et 1596. La Chancellerie n'entend d'ailleurs pas abolir la faculté du juge d'octroyer à l'occasion un délai au débiteur. Comme le précise l'article 170 du projet à l'étude : « En toute hypothèse, la résolution peut être poursuivie ou contestée en justice. Le juge peut, selon les circonstances, valider la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en octroyant éventuellement un délai au débiteur » (MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Projet de réforme du droit des contrats*, Ministère de la Justice, République française, juillet 2008). Comp. les dispositions législatives particulières décrites par Pierre-Gabriel JOBIN, « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », (2006) 47 *C de D.* 3, 9.

nable au débiteur<sup>34</sup>; le terme profite, en temps normal, au débiteur<sup>35</sup>; faute d'indications contraires, le paiement d'une dette est présumé quérable<sup>36</sup>.

Ce faisceau de mesures législatives avantageuses pour le débiteur présente donc une certaine cohérence :

« Les rapports d'obligation sont ainsi placés sous le signe d'une tolérance certaine pour le débiteur et les dispositions de l'article 1139 du code civil sont l'une des nombreuses manifestations de cette bienveillance. Il n'y a pas là que vain formalisme<sup>37</sup>. *Jusqu'à preuve du contraire*, le débiteur est censé bénéficier d'une prorogation tacite d'échéance (qui va d'ailleurs de pair avec le caractère quérable des dettes : c'est encore au créancier de se manifester). »<sup>38</sup>

Ce sentiment d'indulgence envers le débiteur a pour corollaire l'obligation faite au créancier de rappeler à l'ordre son débiteur défaillant sans quoi la demeure ne saurait se réaliser. Mais la façon de composer avec la défaillance du débiteur n'en importe pas moins. L'incurie de l'un ne saurait autoriser l'impétuosité de l'autre. Non seulement le créancier est-il invité à temporiser, mais encore lui faut-il afficher une certaine retenue dans l'interpellation de son cocontractant. Toute impatience affichée dans le *mode* d'interpellation est de nature à lui valoir le désaveu du législateur pour peu que le débiteur consente à s'exécuter. L'article 1596 C.c.Q. en est l'illustration saisissante. Le créancier satisfait au bout du compte en sera quitte pour ses frais dès lors qu'il a saisi la justice de manière prématurée. Si la demande en justice vaut mise en demeure, l'exécution de l'obligation survenue dans un délai raisonnable depuis l'interpellation judiciaire laisse à la charge du créancier, les frais de la demande en justice. Comme le veulent les commentaires officiels portant sur le *Code civil du Québec*,

<sup>34</sup> Solution inspirée des articles 1162 C. civ. et 1432 C.c.Q.

<sup>35</sup> C. civ., art. 1187; C.c.Q., art. 1511.

<sup>36</sup> C. civ., art. 1247; C.c.Q., art. 1566.

<sup>37</sup> Note ajoutée par l'auteur : sont du même avis les professeurs Lluelles et Moore, voir : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 9, p. 1712. Voir aussi : *Dats Déli européen Inc. c. 9200-9687 Québec Inc. (Imperial and Associates – Auctionneers)*, J.E. 2012-1836, par. 37 (C.Q.) : « La jurisprudence a toujours souligné l'importance de la mise en demeure. L'obligation de la mise en demeure a principalement comme but de permettre au débiteur de l'obligation de constater sa contravention et d'y remédier, le cas échéant. Cet objectif est tout à fait raisonnable et s'inscrit d'ailleurs dans un processus de bonne foi ».

<sup>38</sup> Dominique ALLIX, « Contrats et obligations. Mise en demeure », *J.-Cl. civil*, art. 1136 à 1145, fasc. 60, n° 6 (nos italiennes). Voir aussi le paragraphe 62 du même auteur.

l'article 1596 C.c.Q. fait supporter « au créancier le risque, si le débiteur s'exécute ou confesse jugement, de payer les frais du recours entrepris »<sup>39</sup>.

## C. L'attentisme du débiteur défaillant

### 1. Le silence initial du débiteur défaillant, signe d'ambiguïté

Les enjeux suscités par le silence des parties au sujet du retard encouru intéressent au premier chef les deuxième et troisième catégories de délais contractuels abordées précédemment<sup>40</sup>. En l'absence d'un délai d'exécution de rigueur, le seul dépassement du terme n'est pas de nature à compromettre irrémédiablement l'exécution. Force est alors de cerner le sens qu'il convient d'attribuer au mutisme du débiteur qui ne cherche aucunement à justifier son inaction et à celui du créancier qui se garde de se plaindre de l'inexécution constatée.

Leur désintérêt apparent à l'égard du délai d'exécution ne saurait suffire, à ce stade, à signifier leur volonté de sacrifier leur entente. Aucune résiliation conventionnelle tacite ne saurait poindre aussitôt. L'inobservation du délai d'exécution ne jugule pas le rapport contractuel.

Le défaut de ponctualité ne montre pas encore le fléchissement de la volonté de faire affaires. Qu'importe si le débiteur s'abstient d'effectuer sa prestation au moment voulu<sup>41</sup> ou s'il se garde de procurer au créancier la

<sup>39</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 25, p. 984.

<sup>40</sup> Les délais d'exécution se subdivisent en trois catégories exposées *supra*, p. 588.

<sup>41</sup> Com. 2 nov. 2005, pourvoi n° 04-17.615 (*société Gallien Bois Imprégnés c. société Ganteille*); Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 75, p. 52, *Gaz. Pal.* 2000.Somm.2.1823, note Guével, *RTD civ.* 2001.132, obs. Mestre et Fages, *Contrats, conc., consomm.* 2000, n° 94; Com. 24 juin 1980, *Bull. civ. IV*, n° 273, p. 221; Com. 18 janv. 1984, *Gaz. Pal.* 1984.2.Pan.176, *Bull. civ. IV*, n° 24, p. 20, *RTD civ.* 1985.161, obs. Mestre; Trib. com. Le Havre, 15 déc. 1933, *Gaz. Pal. Table* 1930-1935, « Vente commerciale », n° 264 et 265; *Industries V.M. Inc. c. Berardini*, J.E. 2000-1188 C.S. (appel rejeté, C.A., 2003-02-06, 500-09-009533-001, [2003] J.Q. n° 4422, AZ-03019548 (C.A.)); 2632-8419 *Québec Inc. c. Max Aviation Inc.*, J.E. 2000-1250 (C.S.); *Bourgie c. Pichet*, B.E. 2000BE-109 (C.Q.); Michel STORCK, « Contrats et obligations. Obligations conditionnelles. Résolution judiciaire », *J.-Cl. civil*, art. 1184, fasc. 10, n° 71; Raymonde VATINET, « Le mutuis dissensus », *RTD civ.* 1987.252, 258 et 271; M. ALTER, préc., note 19, p. 74 (et les autorités citées à l'appui); Jacques DESLAURIERS, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 79.



confirmation écrite de leur accord<sup>42</sup>. La supputation des causes de cette inertie n'oblige pas à conclure pour autant à une volonté abdicative à l'égard de l'entente conclue. L'incurie peut caractériser l'attitude d'un débiteur pourtant désireux de s'exécuter postérieurement. Un empêchement momentané, telle une rupture d'inventaire, peut tout autant expliquer le délai encouru à livrer l'acheteur ou à réaliser les travaux convenus. La volonté de mettre fin à la relation contractuelle ne saurait être caractérisée par un manquement susceptible d'être de nature purement circonstancielle. Aussi le créancier se voit-il interdire de tirer prétexte du manque de célérité du débiteur pour estimer l'entente résiliée. Comment le créancier saurait-il arguer d'une quelconque demande « tacite » de résiliation de la part du débiteur si ce dernier n'est pas encore mis en demeure de s'exécuter<sup>43</sup> ?

Le caractère *inexpliqué* du retard ne saurait davantage suffire à affranchir le créancier de ses obligations contractuelles. La bonne foi du débiteur n'est pas irrémédiablement entachée lors même l'inexécution constatée<sup>44</sup> : le droit suppose le débiteur « disposé à s'exécuter à *moins de preuve contraire* »<sup>45</sup>. Cette proposition fait écho aux règles de preuve du *Code civil du Québec* : il appartient au créancier d'établir, par prépondérance de preuve, la volonté du cocontractant de se dérober à ses obligations<sup>46</sup> et le doute doit favoriser le débiteur<sup>47</sup>.

L'inaction conjuguée des parties ne traduit pas encore une passivité de concert. La ressemblance du comportement passif du créancier et de celui du débiteur ne doit point faire illusion. Rien n'atteste, à ce stade, une parenté de vues quant à l'abandon du contrat. Deux silences s'opposent sans qu'il soit fondé à y voir une volonté résiliatrice commune.

<sup>42</sup> Req. 14 mai 1912, D. 1913.1.281, note Valéry.

<sup>43</sup> 2632-8419 *Québec Inc. c. Max Aviation Inc.*, préc., note 41 : « Michaud ne peut pas non plus invoquer un manquement de Max comme étant une résiliation tacite de la part de cette dernière, vu qu'elle n'est pas en demeure ».

<sup>44</sup> Il est loisible d'opiner qu'en « matière de livraison de marchandises, la bonne foi, c'est-à-dire la bonne volonté du débiteur, est présumée. [...] Si le vendeur n'est pas ponctuel, on pensera, à titre d'hypothèse, qu'il l'est contre son gré. À l'acheteur donc de le mettre en demeure de livrer dans un nouveau délai raisonnable » : J.-P. LE GALL, préc., note 19, 263.

<sup>45</sup> N. VÉZINA, préc., note 18, 463 (nos italiques).

<sup>46</sup> C.c.Q., art. 1598 : « Le créancier doit prouver la survenance de l'un des cas où il y a demeure de plein droit, malgré toute déclaration ou stipulation contraire. »

<sup>47</sup> Vincent KARIM, *Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 550.

Interpréter autrement le silence initial du débiteur reviendrait à favoriser la rupture intempestive du contrat en permettant au créancier de se dégager unilatéralement de ses engagements sur la seule foi d'un retard inexplicé. Une telle interprétation cavalière de l'attitude passive du débiteur irait, du reste, à contre-courant des prescriptions législatives destinées à ménager au débiteur un délai supplémentaire d'exécution. Les codes civils québécois et français ont préféré insuffler au contrat *une durée d'efficacité accrue*. Aussi le droit civil institue-t-il des temps d'exécution utile qui ne se cantonnent pas à celui mentionné au contrat<sup>48</sup>.

L'échéance contractuelle enserre le délai d'exécution en ce qu'elle indique un repère temporel. Le code civil s'avise toutefois de prévoir des temps pluriels. Au non-respect du délai contractuel succède un second temps d'exécution jugé satisfaisant. C'est là tout l'intérêt de la notion juridique de la demeure. Le fil du temps contractuel n'a rien d'irréversible tant et aussi longtemps que la demeure du débiteur n'est pas acquise. Cet équilibre temporel et contractuel se trouverait rompu, si le créancier se voyait autorisé à délaissir irrémédiablement l'entente au motif que le délai d'exécution stipulé au contrat est révolu.

Au surplus, le retard en cause pourrait fort bien ne point justifier la résolution judiciaire. À la faveur du mécanisme de la mise en demeure, le créancier se voit interdire de répudier le contrat pour un retard dont la gravité peut être toute relative. La résolution judiciaire ne saurait se concevoir en présence d'un retard mineur<sup>49</sup>. L'évaluation de l'importance du retard allégué relève d'ailleurs de l'appréciation souveraine du juge de pre-

<sup>48</sup> Le droit de la consommation français n'en disconvient pas: le professionnel dispose d'un délai de grâce de sept jours avant que le consommateur ne puisse se prévaloir du droit à la dénonciation de l'entente pour défaut d'exécution ponctuelle. Voir l'article L.114.1 C. consomm. abordé au début de la présente section.

<sup>49</sup> Implicite consacree à l'article 1604 al. 2 C.c.Q., cette règle se vérifie pareillement en droit français: Civ. 1<sup>re</sup>, 24 févr. 1970, *Bull. civ. I*, n° 67, p. 54; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janv. 1969, *Bull. civ. I*, n° 3, p. 2; Civ., 20 nov. 1950, *Bull. civ. I*, n° 237, p. 182; L. GAUDIN, préc., note 1, p. 214; A. ETIENNEY, préc., note 22, p. 230; Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2012, p. 204; A. BÉNABENT, préc. note 9, p. 133; François COLLART DUTILLEUL et Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 229 et 230; Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, « Vente. Obligations du vendeur. Obligation de délivrance. Sanctions », *J.-Cl. civil*, art. 1603 à 1623, fasc. 20, n° 62; Jean GATSI, « Vente commerciale. Obligation de délivrance du vendeur. Sanction de l'inexécution », *J.-Cl. Contrats, distribution*, fasc. 310, n° 84.

mière instance<sup>50</sup>. La répudiation unilatérale du contrat, sans demeure aucune, usurpe la fonction judiciaire. Le débiteur dispose du droit de faire valoir l'importance toute relative des délais occasionnés pour peu que le créancier sollicite la résolution judiciaire du contrat<sup>51</sup>.

La résiliation impromptue du contrat s'inscrit aussi à rebours de l'insistance législative en faveur de l'institution de délais raisonnables en sus de ceux énoncés dans la convention<sup>52</sup>. Le mécanisme en deux temps voulu par le législateur – à l'expiration du délai contractuel succède un délai supplémentaire d'exécution d'une durée raisonnable – serait anéanti en présence d'une interprétation injustifiée du silence initial du débiteur. Le débiteur dispose d'un délai raisonnable à compter de la réception de la mise en demeure<sup>53</sup>. La résiliation anticipée du contrat, sans la moindre mise en demeure, déjouerait la conception contractuelle adoptée par le code civil.

Un double objectif anime la pensée civiliste : ménager au débiteur un sursis et veiller à la survivance du lien contractuel. *L'exécution en nature doit être favorisée tant et aussi longtemps que sa faisabilité ne saurait être démentie par le contexte*. Ce précepte fonde le relativisme avec lequel le législateur envisage le manquement contractuel déploré à l'occasion d'une demande de résolution judiciaire. Le code civil prévoit une parade à la

<sup>50</sup> Une clause contractuelle ne saurait suffire à valider une résolution fondée sur un manquement de peu d'importance (art. 1604 al. 2 C.c.Q.). Le pouvoir d'appréciation souverain du juge français est pareillement reconnu en droit français : Pierre COLLOMB, *Demeure et mise en demeure en droit privé*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1974, p. 276 et 277 ; L. GAUDIN, préc., note 1, p. 214.

<sup>51</sup> En droit québécois, la libéralisation de la résolution extrajudiciaire amènera normalement le juge à intervenir a posteriori afin de vérifier le respect ou non des conditions posées par ce mode de rupture. Reste d'ailleurs à savoir si la demeure intervenant en raison des termes du contrat (art. 1594 C.c.Q.) suffit à enclencher la rupture extrajudiciaire prévue à l'article 1605 C.c.Q. L'ambiguïté du libellé du code alimente un débat doctrinal : *supra*, note 18.

<sup>52</sup> Exception faite, bien entendu, de l'existence d'un délai contractuel de rigueur au sens des articles 1146 C. civ. et 1597 C.c.Q.

<sup>53</sup> *Novacentre Technologie Ltée c. Corporation d'Urgences-santé de la région de Montréal métropolitain*, 2012 QCCS 4055 ; *Construction Aldo Inc. c. Newton Électrique, s.e.n.c.*, J.E. 2012-359 (C.S.). Cette solution prévue en toutes lettres à l'article 1595 C.c.Q. est jugée implicite en droit français. La mise en demeure doit être assortie d'un délai raisonnable en faveur du débiteur sans quoi elle sera privée d'efficacité juridique. Voir : M. ALTER, préc., note 19, p. 77.

résolution pour peu que le débiteur en vienne à s'exécuter dans un délai raisonnable à compter de l'assignation en justice<sup>54</sup>. Le report consenti peut même s'étaler sur une période de deux ans lorsque la défaillance a trait, en droit français, à un paiement tardif<sup>55</sup>.

Le droit s'érige en somme contre la répudiation prématurée du contrat. Que le système juridique préconise la résolution judiciaire<sup>56</sup> ou extrajudiciaire<sup>57</sup>, le débiteur a droit à un délai raisonnable et le créancier ne saurait normalement l'en priver en délaissant le contrat de manière unilatérale<sup>58</sup>. Il en est a fortiori ainsi lorsque le créancier s'abstient de dénoncer les carences de son cocontractant. Aussi a-t-on pu estimer, non sans un sourire à peine dissimulé, que « [...] le retard est donc presque totalement dépourvu de conséquences négatives pour le débiteur, et l'on dirait volontiers que son inertie est valorisée dès lors qu'elle se combine à celle du créancier »<sup>59</sup>.

La rupture contractuelle entachée de précocité est sanctionnée sans ménagement dans la jurisprudence. Le juge du fond se voit soudainement dépourvu d'un pouvoir souverain d'appréciation. La Haute juridiction française n'hésite pas à recourir à la cassation à l'encontre des décisions qui croient discerner une volonté tacite d'abandon contractuel du seul défaut d'exécution à l'époque prévue ou encore de l'omission de réclamer avec célérité le respect de l'entente<sup>60</sup>. Ainsi en est-il d'une promesse bilaté-

<sup>54</sup> Voir les articles 1596 et 1883 C.c.Q. de même que l'article 1184 C. civ. selon lequel « la résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».

<sup>55</sup> C. civ., art. 1244-1; Alain BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2012, p. 394 à 396.

<sup>56</sup> C. civ., art. 1184. Les projets de révision du code civil français préconisent, en revanche, l'avènement de la résolution extrajudiciaire.

<sup>57</sup> C.c.Q., art. 1605.

<sup>58</sup> Il faut faire exception en présence d'une urgence (art. 1597 C.c.Q.) ou d'une disposition législative permettant le retrait unilatéral du créancier.

<sup>59</sup> Rémy LIBCHABER, « Demeure et mise en demeure en droit français, Rapport français », dans Marcel FONTAINE et Geneviève VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Paris & Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2001, p. 113, à la p. 118.

<sup>60</sup> Com. 2 nov. 2005, pourvoi n° 04-17.615, préc., note 41; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2004, *Contrats, conc., consom.* 2004, n° 106, obs. Leveneur; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 75, p. 52, *Gaz. Pal.* 2000.Somm.2.1823, note Guével, *RTD civ.* 2001.132, obs. Mestre et Fages, *Contrats, conc., consom.* 2000, n° 94; Com. 18 janv. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 24, p. 20, *RTD civ.* 1985.161, obs. Mestre: la renonciation « ne peut se déduire d'un simple

rale de vente non suivie d'effet pendant plusieurs mois. Les acheteurs font défaut de verser le montant convenu et le créancier n'use pas du mécanisme d'astreinte prévu au contrat. Leur inaction réciproque ne pouvait attester leur volonté de mettre fin au contrat. La Cour de cassation désavoue la solution contraire prônée par la cour d'appel et postule ainsi l'inefficacité juridique du silence<sup>61</sup> : le fait de ne point poursuivre l'exécution de la convention au moyen de l'astreinte prévue au contrat et de conserver le silence pendant plusieurs mois n'atteste ni la volonté de renoncer à l'entente ni l'existence d'une convention de révocation.

Solution voisine, le créancier n'est pas admis à se fonder sur un retard inexpliqué pour conclure à la volonté tacite du débiteur de se défilier et de mettre fin à leur relation contractuelle<sup>62</sup>. Un acheteur du nom de Floquet passe commande d'un véhicule en octobre 1975. La livraison est censée survenir « autant que possible » fin mars 1976. Le 30 juin 1976, Floquet notifie à son cocontractant sa volonté de tenir l'entente pour résiliée. Cette rebuffade contractuelle lui vaut les semonces de la Cour de cassation :

« [...] attendu qu'ayant fait ressortir que Floquet avait, de son propre chef et sans recourir à justice, rompu le contrat pour retard mis par son cocontractant à exécuter son obligation, la Cour d'appel a, de la sorte, au regard de l'article 1184 alinéa 3 du Code civil [...] légalement justifié sa décision. »<sup>63</sup>

retard à demander l'exécution du contrat » ; J. GATSI, préc., note 49, fasc. 290, mis à jour par Thomas GENICON, n° 76 ; Aurélie BRÈS, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, vol. 80, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Mercuès, Litec, 2009, p. 244.

<sup>61</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 75, p. 52 ; *Gaz. Pal.* 2000.Somm.2.1823, note Guével ; *RTD civ.* 2001.132, obs. Mestre et Fages ; *Contrats, conc., consom.* 2000, n° 94. Comme le souligne à-propos une auteure : « La signification de l'inactivité ne transparait pas clairement de l'attente. [...] l'attente est elle-même équivoque. » (L. GAUDIN, préc., note 1, p. 402 et 403). Rapp. *Zanetti c. 2946-6117 Québec Inc.*, J.E. 2012-684 (C.A.). Il n'en reste pas moins que l'inaction prolongée des parties est parfois susceptible d'attester l'existence d'une résiliation conventionnelle de leur contrat. Ce thème sera fouillé dans notre ouvrage intitulé *La portée juridique du silence et de l'inaction*, à paraître en 2013 aux Éditions Yvon Blais.

<sup>62</sup> Voilà qui suppose, bien évidemment, que la perspective d'une exécution ultérieure ne soit pas devenue dépourvue de sens. Voir les articles 1146 C. civ. et 1597 C.c.Q. abordés précédemment.

<sup>63</sup> Com. 24 juin 1980, *Bull. civ. IV*, n° 273, p. 221, D. 1981.I.R.40. Pour des exemples supplémentaires en droit français comme québécois, voir entre autres : Paris, 22 sept. 1992, D. 1992.I.R. 282 ; Com. 18 janv. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 24, p. 20, *RTD civ.* 1985.161, obs. Mestre ; Paris, 22 juin 1983, D. 1985.I.R. 43, note Huet ; Com. 17 oct. 1978, *Gaz.*

La même analyse l'emporte en présence d'un régime juridique favorable à la résolution extrajudiciaire. En l'absence de demeure du débiteur ou d'une résiliation conventionnelle avérée<sup>64</sup>, le seul passage du temps, sans récrimination officielle du créancier, ne saurait autoriser la thèse de l'abandon du contrat. La jurisprudence québécoise l'atteste volontiers et elle s'emploie par conséquent à bien différencier le « défaut d'exécution » et le « refus d'exécution » : « Il existe une distinction entre le défaut de respecter une obligation et le refus "clairement manifesté" de ne pas l'exécuter. »<sup>65</sup> Un créancier s'abstient de toute mise en demeure écrite et le débiteur se garde de manifester clairement sa volonté de se dérober à ses obligations<sup>66</sup> : le contrat ne saurait être considéré comme résilié en de telles circonstances et les prétentions contraires du créancier lui vaudront d'être débouté<sup>67</sup>.

Au premier abord, une offre de résiliation tacite de la part du débiteur ne saurait davantage exister, si le créancier s'est gardé de mettre le débiteur en demeure<sup>68</sup>. La passivité s'infiltré dans la relation contractuelle sans que des conclusions inéluctables ne puissent initialement être tirées du seul défaut du créancier de se manifester. En revanche, l'inutilité de la mise en demeure s'impose comme une évidence si le débiteur se rebiffe nettement contre le contrat conclu. Le *Code civil du Québec* fait grâce au créancier de l'envoi d'une mise en demeure dès lors que son vis-à-vis lui manifeste

---

*Pal.* 1979.1.Somm.42; Com. 26 mars 1952, *Bull. civ.* II, n° 148, p. 112; M. STORCK, préc., note 41; *Bourgie c. Pichet*, préc., note 41; *Marley Canadian Ltd. c. Canada Ballotini Inc.*, [1971] C.S. 477; *Redmond Co. c. Plante*, [1919] 57 C.S. 128 (C. de rév.); *Harvey Chemical Co. of Canada Ltd c. Gagnon*, [1915] 21 R.J. 373 (C. de circuit).

<sup>64</sup> Les critères destinés à reconnaître une véritable résiliation amiable tacite fondée sur l'inaction de l'une des parties seront abordés dans notre livre intitulé *La portée juridique du silence et de l'inaction*, à paraître aux Éditions Yvon Blais en 2013.

<sup>65</sup> *Landry c. Gauthier*, J.E. 96-429 (C.Q.); V. KARIM, préc., note 47, p. 554. Comp., en droit français, A. BRÈS, préc., note 60, p. 235 : « [...] un refus d'exécution n'est généralement pas perçu comme une rupture du contrat que lorsqu'il est clairement annoncé par le contractant. » Aussi doit-on condamner le raisonnement retenu dans l'affaire *West c. Akwasi Agyeman*, préc., note 17, par. 44 et 45. Le juge confond atermolement et refus d'exécution.

<sup>66</sup> Comp. *Landry c. Gauthier*, préc., note 65 : la remise d'un chèque sans provisions ne saurait signaler un refus d'exécution « clairement manifesté ».

<sup>67</sup> *Id.* : l'action en revendication des biens vendus est rejetée dans cette affaire.

<sup>68</sup> *2632-8419 Québec Inc. c. Max Aviation Inc.*, préc., note 41 : « Michaud ne peut pas non plus invoquer un manquement de Max comme étant une résiliation tacite de la part de cette dernière, vu qu'elle n'est pas en demeure ».

« clairement [...] son intention de ne pas exécuter l'obligation »<sup>69</sup>. Un tel refus sous-entend la « répudiation »<sup>70</sup> de l'obligation :

« Le simple fait de ne pas exécuter son obligation ou de ne pas répondre aux appels insistants du créancier ne saurait suffire. [...] Un comportement équivoque ne peut [...] justifier une demeure de plein droit, le refus d'exécuter ne se présument pas. »<sup>71</sup>

L'inertie du débiteur ne s'assimile pas aisément à un acte juridique. Or, la volonté de résiliation procède d'un acte juridique : « Alors que la résiliation unilatérale est un acte juridique, l'inexécution appartient à la catégorie des faits juridiques. »<sup>72</sup> La volonté de produire des effets de droit est difficilement discernable en présence d'une simple carence contractuelle. La « détermination » de la partie défaillante ne s'apprécie guère d'emblée. D'où le relativisme des effets liés à une simple inexécution : « La résiliation est définitive et irrévocable, l'inexécution peut n'être que provisoire. Le débiteur a la possibilité de reprendre l'exécution de sa prestation. »<sup>73</sup>

La responsabilité de la violation contractuelle rejait alors sur le créancier empressé de se satisfaire du silence du débiteur pour mettre fin au marché. L'ambiguïté initiale du défaut d'exécution n'autorise aucune conclusion péremptoire quant au sens à prêter à l'inaction du débiteur. L'institution de l'exception d'inexécution est toute entière fondée sur ce postulat implicite : l'inexécution inexplicite ne sape pas irrévocablement les chances de réussite de l'entente. Aussi le créancier devient-il autorisé à se tenir lui-même coi dans l'espoir que le débiteur se résoudra au respect de l'accord. Il lui est loisible de retenir sa prestation, sans mise en demeure

<sup>69</sup> C.c.Q., art. 1597 ; *Plano Construction Inc. c. 6034501 Canada Inc. (Soudure générale AML)*, J.E. 2012-1681 (C.Q.).

<sup>70</sup> N. VÉZINA, préc., note 18, 465.

<sup>71</sup> D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 9, p. 1729.

<sup>72</sup> Christina CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 346.

<sup>73</sup> *Id.*

aucune<sup>74</sup>, dès lors que le débiteur est en défaut<sup>75</sup>. Cette attitude attentiste parfaitement licite a pour fondement l'ambiguïté même du silence du débiteur défaillant. Il n'est rien d'acquis aux premiers stades de l'inexécution.

## 2. Le défaut de réponse répété du débiteur défaillant, signe d'incurie

Toute autre est la question de savoir si le défaut de réponse répété du débiteur est de nature à traduire une entorse au devoir de bonne foi et de loyauté qui préside aux relations contractuelles. L'obligé qui tarde à s'exécuter sans s'en expliquer n'enfreint pas, de ce seul fait, les préceptes de la bonne foi. Son silence est encore moins répréhensible si le créancier s'abstient de s'enquérir de la situation. Il pourrait en aller autrement si le débiteur néglige délibérément de répondre aux interrogations inquiètes de son cocontractant. Aussi la Cour d'appel de Paris distingue-t-elle à bon escient le retard initial du cocontractant à effectuer la prestation promise et son refus de donner suite aux sollicitations pressantes du cocontractant désireux d'élucider le sens de ce retard. Autant le silence initial du débiteur ne porte guère à conséquence en l'absence d'un délai de rigueur, autant l'ignorance dans laquelle il tient le créancier visiblement soucieux d'éclair-

<sup>74</sup> Le recours à l'exception d'inexécution ne suppose pas l'envoi préalable d'une mise en demeure. Cf. les excellentes observations de Catherine MALECKI, *L'exception d'inexécution*, t. 321, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1999, p. 263 à 266, ainsi que François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 1082; C. POPINEAU-DEHAULLON, préc., note 15, p. 477; R. LIBCHABER, préc., note 59, à la p. 133 : « [...] la dispense de mise en demeure se comprend d'autant mieux que l'exception elle-même joue alors un peu le rôle d'une mise en demeure, qui tout à la fois somme le cocontractant d'exécuter et exerce une pression dans ce but »; Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN et Marc BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 446; J. GATSI, préc., note 49, n<sup>o</sup> 115; Pierre-Yves GAUTIER sous Civ. 3<sup>e</sup>, 26 mai 1992, *RTD civ.* 1993.377, 378. Tout au plus convient-il de concéder qu'en de rares circonstances, le devoir de collaboration imposera au contractant d'exposer son grief à l'autre partie, mais cette exigence ne saurait évidemment valoir au sujet de la prestation principale que le débiteur fait défaut d'exécuter. Comp. D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 9, p. 1696; *Lorenc c. Apollo Microwaves Ltd.*, J.E. 2001-1791 (C.S.).

<sup>75</sup> Toute autre est la question de savoir si l'enlisement dans l'inexécution est susceptible de donner lieu ultimement à la résiliation tacite du contrat. La question de savoir si le silence et l'inaction prolongée des parties peuvent traduire un accord tacite de révocation sera abordée dans notre ouvrage *La portée juridique du silence et de l'inaction*, à paraître en 2013 aux Éditions Yvon Blais.



car la situation peut faire entrave aux règles destinées à régir le rapport contractuel lui-même :

« À défaut de fixation d'un délai de rigueur dans les dates de livraison, le seul fait pour le fournisseur de ne pas expédier les marchandises dans les premiers jours de la plage de temps stipulée ne saurait permettre au cocontractant de résilier unilatéralement la convention hors tout contrôle judiciaire, même si le caractère saisonnier des articles commandés exige que ceux-ci soient livrés en temps utile avant le début de la saison, dès lors qu'il n'apparaît pas que les livraisons opérées par le fournisseur, le 14 septembre, des éléments de la partie automne d'une collection de prêt-à-porter, puissent être regardées comme suffisamment tardives pour provoquer la résolution du contrat conclu ;

Toutefois, en s'abstenant de répondre aux pressantes sollicitations de son cocontractant, inquiet de le voir modifier sans information ni explications son attitude antérieure, carence qui a amené le détaillant à s'engager prématurément auprès d'autres vendeurs, le fournisseur commet un acte fautif au regard de la bonne foi, de la loyauté, du devoir réciproque d'information qui doivent présider aux relations entre commerçants liés par un courant d'affaires déjà ancien. »<sup>76</sup>

Ce n'est plus l'inexécution qui devient source de tourment et de résolution, mais bien le défaut de collaboration. Autant le retard d'exécution à lui seul ne justifiait pas, en l'occurrence, la mise à néant de la convention, autant le défaut obstiné de donner suite aux sollicitations du cocontractant peut suffire, au bout d'un certain temps, à faire douter irrévocablement de l'aptitude du contractant à tenir parole. La foi perdue dans le débiteur tient plus de son mutisme tenace que de son seul défaut d'exécution avec promptitude.

Abstraction faite de ces circonstances particulières, le défaut inexpliqué du débiteur ne participe pas d'une volonté avérée de sa part de résilier l'entente. L'ambiguïté du silence interdit toute conclusion péremptoire à son sujet. Il en va du créancier comme du juriste. Ni l'un ni l'autre n'est autorisé à conclure à une conséquence irrémédiable aux tout premiers stades du défaut d'exécution. Le droit des obligations n'est pas sans évoquer, à certains égards, le droit des personnes. Chacune de ces branches se garde bien de tirer des conclusions inébranlables sur la seule foi d'un silence ambigu, voire regrettable. L'équivoque propre au mutisme ne se dissipe, le plus souvent, qu'au terme d'une période d'attente suffisamment

<sup>76</sup> Paris, 22 sept. 1992, D. 1992.I.R.282, 282.

prolongée. Aussi les tribunaux québécois se refusent-ils à conclure à une volonté d'abandon parental du seul défaut momentané de s'occuper de sa progéniture. Le désintérêt ne gagne en certitude qu'au fil du temps :

« L'abandon qui n'est pas confirmé par des gestes positifs du parent, mais qui se déduit de l'absence et du silence, doit se prolonger sur une période assez longue pour trouver sa confirmation. C'est affaire de circonstances, mais la période de temps est un élément important et elle doit être significative. »<sup>77</sup>

La même circonspection jurisprudentielle s'observe en matière contractuelle. La volonté d'anéantissement du lien contractuel ne saurait se déduire en présence d'un comportement ambigu. L'incertitude ne se dissipe nullement lors des premières phases de l'inexécution<sup>78</sup>. Une offre

<sup>77</sup> *Droit de la famille* – 450, [1988] R.D.F. 25, 26 (C.A.), dans un passage qui fait autorité : *Droit de la famille* – 2200, J.E. 95-1093 (C.A.); *Droit de la famille* – 639, [1989] R.J.Q. 1082, 1086 (C.A.); *Droit de la famille* – 2137, [1995] R.J.Q. 583 (C.S.), 586 : « [...] à défaut de tout élément de preuve additionnel, deux ans d'abandon ne suffisent pas ». Voir aussi : *Droit de la famille* – 112845, J.E. 2011-1651 (C.A.) (absence pendant six années conjuguée à un défaut de contestation de la requête en déchéance de l'autorité parentale); *Droit de la famille* – 071776, J.E. 2007-1887 (C.S.); A.B. c. R.P., [2004] R.D.F. 875 (C.S.); J.S. c. D.D., [2001] R.J.Q. 329, par. 23-30 (C.A.); M.C. c. C.B., [2001] R.J.Q. 356 (C.A.); *Droit de la famille* – 2281, J.E. 95-1990 (C.A.); *Droit de la famille* – 1738, [1995] R.J.Q. 2328 (C.A.); *Droit de la famille* – 1706, J.E. 93-59 (C.A.); *Droit de la famille* – 1815, [1993] R.D.F. 287 (C.S.); *Droit de la famille* – 1757, [1993] R.D.F. 147 (C.S.); *Droit de la famille* – 1479, [1991] R.D.F. 605 (C.S.); *Droit de la famille* – 1441, [1991] R.D.F. 344 (C.S.); Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>e</sup> éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 359. Au demeurant, l'absence de contacts prolongée ne saurait emporter la déchéance si cet éloignement s'explique par les circonstances de l'espèce : *Droit de la famille* – 121501, J.E. 2012-1308 (C.S.) (absence de contacts attribuable aux embûches posées par la mère à l'encontre des droits d'accès du père et aux graves ennuis de santé de ce dernier). À supposer la preuve de l'abandon établie, encore faut-il que le prononcé de la déchéance de l'autorité parentale réponde à l'intérêt de l'enfant : S.T. c. M.S., [2002] R.D.F. 297 (C.S.) de concert avec l'article 606 C.c.Q.

<sup>78</sup> La volonté du débiteur de mettre fin à l'entente ne se dégage pas aisément de son défaut d'exécution. Un arrêt de principe de la Cour de cassation l'illustre à point nommé : Com. 18 janv. 1984, *Bull. civ.* IV, n° 24, p. 20, *RTD civ.* 1985.161, obs. Mestre. **La thèse de la résiliation tacite de l'accord n'est pas pour autant exclue lors des stades ultérieurs de l'inexécution.** Cette question sera approfondie dans notre ouvrage intitulé *La portée juridique du silence et de l'inaction*, à paraître en 2013 aux Éditions Yvon Blais.

de résiliation ne peut s'évincer avec certitude du seul fait de l'inaction du débiteur conjuguée à son défaut d'explications<sup>79</sup>.

Le créancier n'est pourtant aucunement dépourvu face à l'ambiguïté du comportement de son interlocuteur par trop discret. Il lui est parfaitement loisible de circonscrire la portée du silence de son débiteur. Libre à lui d'en cerner le sens au moyen d'une interpellation extrajudiciaire.

### 3. La mise en demeure, procédé unilatéral d'élucidation du silence du débiteur

Le propre de la mise en demeure consiste à conjurer l'ambiguïté du silence en en définissant – unilatéralement – la portée. Autant la mise en demeure mélange les genres en associant « prière et menace »<sup>80</sup>, autant elle suffit à débusquer le sens du silence et de l'inaction du débiteur.

La mise en demeure possède un double registre. Elle sonde l'intérêt du débiteur en faveur du maintien de la relation contractuelle tout comme elle s'enquiert de son aptitude à respecter ses engagements. Elle entend cerner la persévérance de la volonté contractuelle du débiteur et mesurer avec justesse l'authenticité de ses engagements. La mise en demeure s'intéresse à l'intellect et à l'opérationnel. Elle constitue, en quelque sorte, un exercice de psychologie dirigée. Le débiteur se voit interrogé sur son dessein comme sur ses aptitudes.

Il est de bon ton de professer, en doctrine, que le propre de la mise en demeure consiste à dévoiler les intentions du créancier. Le débiteur serait fondé à escompter des informations suffisantes au sujet des visées du créancier et du sort qu'il entend réserver au contrat. Mais ce sont pourtant les desseins du débiteur que la mise en demeure entend clarifier au premier chef. Les précisions contenues dans la mise en demeure ont avant tout pour objet de définir les volontés du débiteur. Si l'interpellation vise indubitablement à afficher les intentions du créancier – elle opère à titre de rappel des obligations contractuelles et de réitération de la volonté d'obtenir satisfaction –, la mise en demeure se propose principalement

<sup>79</sup> Voir l'arrêt de principe rendu par la Cour de cassation en 1984 : Com. 18 janv. 1984, préc., note 78 ; J. GATSI, préc., note 49, fasc. 290, mis à jour par T. GENICON, n° 76. Comp. 2632-8419 *Québec Inc. c. Max Aviation Inc.*, préc., note 41, et les remarques judiciaires de R. VATINET, préc., note 41, 271.

<sup>80</sup> X. LAGARDE, préc., note 5, n° 3.

d'interpréter la volonté du débiteur qui se masque derrière l'ambiguïté propre à la passivité.

Ce dialogue crispé entre les parties présente une facette inédite en droit des contrats. Une partie se voit autorisée à définir la signification du mutisme de son partenaire. Un individu se voit libre de façonner la signification du silence d'autrui<sup>81</sup>. Pour peu que le créancier consente un temps de réaction et d'exécution suffisant, la mise en demeure suffit à appréhender la portée de tout silence futur du débiteur.

La mise en demeure diffuse un élément informationnel – la volonté du créancier de ne plus tolérer un quelconque atermolement<sup>82</sup>. Or, cette précision est destinée à rendre désormais expressif tout silence prolongé du débiteur. La mise en demeure possède une double fonction expressive portant à la fois sur le silence et l'inaction du débiteur. Le débiteur se voit avisé de la signification attribuée à son silence de même qu'à son inaction. Le débiteur ne peut plus prétexter avoir cru disposer implicitement d'un report d'exécution. La croyance en l'existence d'une prorogation tacite du terme s'évanouit sitôt la lettre de demeure reçue. Le débiteur ne peut plus prétendre solliciter un report de son exécution en raison de son silence puisque le créancier le lui interdit en toutes lettres. Mais la mise en demeure est tout aussi efficace à cerner le sens qu'il convient d'attribuer à une éventuelle prolongation de l'inaction. Tout défaut supplémentaire d'exécution suffira à trahir l'incapacité du débiteur à honorer ses obligations<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Seul le législateur consent normalement un tel privilège. L'article 40 du projet de code civil français l'illustre à point nommé : « Lorsque le tiers doute de l'étendue du pouvoir du représentant, il peut mettre en demeure le représenté d'avoir à confirmer cette étendue dans un délai raisonnable. La mise en demeure doit mentionner en termes apparents, qu'à défaut de réponse, le représentant est réputé habilité à agir dans la limite de ce pouvoir » (MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 33).

<sup>82</sup> *Pépin c. Diamond*, préc., note 27, 525 ; *Pépin (Rosaire Pelouse Enr.) c. Soudure F.M. St-Guillaume Inc.*, préc., note 5 ; N. VÉZINA, préc., note 18, 459 : « La mise en demeure vise à écarter toute ambiguïté entre les parties à l'obligation. Par cette démarche, le créancier avertit son débiteur qu'il n'entend pas lui accorder de délai supplémentaire [...] ».

<sup>83</sup> La mise en demeure produit donc des effets contraires à ceux de la patience. Tant qu'elle dure, « la patience évite la mutation juridique de la défaillance matérielle en une inexécution contractuelle [...] » (L. GAUDIN, préc., note 1, p. 207). L'interpellation extrajudiciaire assure donc l'imputabilité du défaut observé initialement.

Aussi convient-il de scruter la formulation employée par le créancier. Seule une interpellation solennelle est de nature à cerner le sens du silence, à en extirper l'équivoque, à en définir inéluctablement la portée. Le créancier doit donc sommer son débiteur de s'exécuter. Une formulation plus indécise, tel un simple rappel des obligations du débiteur<sup>84</sup>, ne saurait suffire à dissiper l'ambiguïté inhérente au seul défaut de s'exécuter sans s'en expliquer<sup>85</sup>.

La mise en demeure fait donc exception à l'axiome voulant qu'un individu ne puisse attribuer unilatéralement de signification au silence d'autrui. L'auteur d'une offre ne saurait engager le destinataire de sa lettre en assortissant sa proposition d'une clause selon laquelle le défaut de réponse vaudra acceptation<sup>86</sup>. À l'inverse, l'interpellation extrajudiciaire

<sup>84</sup> « Attendu qu'en exigeant, pour la mise en demeure, une sommation ou un acte équivalent, la loi a voulu que le débiteur ne fût pas exposé à subir la peine du retard apporté à l'exécution de son engagement sans avoir reçu un avertissement de nature à ne lui laisser aucun doute sur les intentions rigoureuses de son créancier; [...] Winans, après avoir successivement prorogé le délai fixé par la convention, invite seulement Nillus à terminer son œuvre le plus rapidement possible, sans faire aucune allusion à la peine de 100 liv. sterling stipulée pour chaque semaine de retard, sans même fixer, pour l'achèvement des travaux, un délai précis et déterminé »: Civ., 19 févr. 1878, D.P. 1878.1.261, 261 et 262.

<sup>85</sup> Le juge du fond apprécie souverainement la fermeté ou non de l'interpellation à laquelle se livre le créancier (Req. 13 janv. 1909, *Gaz. Pal.* 1909.1.457). Aussi peut-il estimer insuffisante la lettre recommandée du créancier qui déclare « souhaiter que le protocole soit exécuté dans les meilleurs délais »: Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 1995, *Bull. civ.* I, n° 267, p. 185. Le pouvoir souverain d'appréciation du juge de première instance est parfois occulté en droit québécois. La jurisprudence laisse entrevoir un interventionnisme plus marqué de la Cour d'appel du Québec qui est disposée à contrecarrer les décisions des juges du fond au sujet des soi-disant insuffisances de l'interpellation du créancier: *Place Versailles Inc. c. Montréal (Ville)*, [1977] C.A. 176.

<sup>86</sup> *Lavigne c. Poupert*, J.E. 2001-672 (C.S.); Civ. 1<sup>re</sup>, 5 avr. 1993, *Contrats, conc., consomm.* 1993, n° 145, note Leveneur; Civ. 3<sup>e</sup>, 30 oct. 1991, D. 1992.Somm.114, obs. A. Bénabent, J.C.P. 1992.IV.25; Com. 6 avr. 1965, *Bull. civ.* III, n° 264, p. 236; Req. 17 déc. 1929, S. 1930.1.101; Poitiers, 8 janv. 1923, *Gaz. Pal.* 1923.1.563; Douai, 10 mars 1874, D. 1874.2.153; S. 1876.2.150; Trib. civ. Seine, 19 avr. 1893, *Gaz. Pal.* 1893.2.162. La doctrine québécoise et belge abonde dans le même sens: « Il ne saurait [...] être juridiquement possible, pour l'auteur d'une offre, d'y décréter, *unilatéralement*, que l'absence de refus du destinataire liera ce dernier [...] »: D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 9, p. 185 (italiques dans le texte original); V. KARIM, préc., note 47, p. 276; Taras STAROSSELETS, « Offre et acceptation: principes et quelques questions spéciales », dans Michèle VANWIJCK-ALEXANDRE et Patrick WÉRY (dir.), *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2004, p. 39.

contribue à attribuer un sens univoque à la passivité d'autrui. L'expressivité du comportement d'une partie devient tributaire du sens que décide de lui donner, au préalable, son cocontractant.

Ce à quoi il convient d'ajouter que cette signification définie unilatéralement conditionne le droit du créancier à l'obtention de remèdes contractuels. L'octroi de dommages et intérêts moratoires, tout comme le droit à la résolution, est subordonné au sens qu'il convient d'attribuer à la passivité. À lui seul, l'acheminement de la mise en demeure ne suffit pas à constater le défaut du débiteur et à générer des conséquences d'ordre juridique. C'est l'écoulement du temps qui fonde le droit de sanction du débiteur défaillant. La demeure doit son efficacité juridique à sa capacité d'élucidation de la signification de la passivité du débiteur :

«Ce n'est pas, comme on pourrait le penser, la sommation qui permet de recourir à la voie de droit, mais bel et bien le silence. [...] la sommation représente peut-être la condition de forme [...], mais, en elle-même, la sommation n'a pas d'autres buts ni d'autres effets [que] de circonstancier le silence, et d'en faire une attitude juridique [...].»<sup>87</sup>

Le silence pour toute réponse à une mise en demeure consacre l'imputabilité de l'inexécution. Tant que ce dénouement n'est pas assuré par la transmission d'une mise en demeure laissée sans réponse, le droit veille, au contraire, à préserver le lien contractuel au moyen du postulat selon lequel le silence conjugué du créancier et du débiteur traduit simplement leur volonté de s'exécuter ultérieurement. Le droit se refuse à voir dans ce mutisme réciproque la dénonciation silencieuse de l'entente conclue<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> Bruno CÉLICE, *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 36 (voir aussi les p. 37, 38, 112 et 113). Adde Marie-Josée LITTMANN, *Le silence et la formation du contrat*, thèse de doctorat, Strasbourg, Université de Strasbourg, 1969, p. 36.

<sup>88</sup> Cette perception vaut tant et aussi longtemps que l'écoulement du temps n'a pas déformé, dans l'esprit des parties, l'objet même de leur contrat.

## II. Le défaut de protestation du créancier : scolies sur *l'indulgence supposée* du créancier envers le débiteur défaillant

La formation du contrat réunit deux volontés tendues vers le droit. Deux desseins se conjuguent et embrassent un objectif commun. L'œuvre du juriste consiste à s'assurer de la fermeté et de la vraisemblance de ces volontés réunies. La plausibilité de l'union conditionne la reconnaissance de l'existence du contrat allégué.

Le droit de la défaillance contractuelle mesure plutôt le degré d'étiollement de la volonté contractuelle. Il lui faut, dès lors, analyser les aléas liés au maintien du contrat et soupeser la vraisemblance et l'authenticité du désir de poursuite des relations contractuelles. Cette tâche est malaisée, car le juriste se voit tenu d'évaluer des volontés elles-mêmes vouées à l'incertitude, à l'incompréhension et maintes fois au silence. Autant la partie désireuse de conclure une entente est naturellement portée à se manifester, autant le débiteur défaillant peut préférer éviter son créancier et se faire ainsi peu loquace sur les causes de ses carences et les perspectives de redressement. L'incertitude domine dès lors parfois la relation. La perspective de l'exécution contractuelle peut d'ailleurs relever de l'aléa, le débiteur ne sachant guère s'il disposera des moyens voulus pour s'acquitter de ses obligations, même avec retard.

Le choix de l'attitude retenue emprunte aussi régulièrement à la prudence. La partie défaillante peut préférer taire son manquement plutôt qu'en faire l'aveu. Il lui arrivera de garder le silence de crainte qu'un manquement admis en toutes lettres n'incite le créancier à en profiter pour lui réserver un sort désavantageux juridiquement ou pour se départir de leur entente. La partie fera alors le pari de la discrétion sur celui de la candeur.

Le créancier en bute à l'inexécution du débiteur se voit donc souvent confronté à un silence proprement énigmatique. Son interprétation du mutisme du débiteur variera forcément au gré des espèces. Tel contractant verra sa confiance envers le débiteur commencer à s'effriter; tel autre n'éprouvera aucune crainte, tant la fiabilité passée du débiteur lui paraît garante de l'avenir. Les appréhensions varieront grandement selon les individus.

La question se pose de savoir si le créancier qui s'abstient de dénoncer les manquements du débiteur ne fait qu'ajouter à la perplexité de la compréhension du rapport contractuel.

L'interprétation du silence du créancier souffrirait pourtant d'imprécision et serait sujette à caution si elle devait varier selon les humeurs individuelles des uns et des autres *lors même que l'inexécution du contrat ne paraît pas fatale*. Aussi le droit délaisse-t-il sagement les investigations psychologiques pour préférer fonder une présomption qui tient sa légitimité de la *nature même du délai d'exécution consenti*. En l'absence de tout délai de rigueur ou de toute circonstance exorbitante telle, l'urgence<sup>89</sup>, le silence du créancier ne porte pas à conséquence et ne compromet pas l'avenir de la convention.

## A. Le silence du créancier, empreinte de *loyauté envers le contrat*

### 1. Le silence du créancier et le report supposé du terme

Par son mutisme, le créancier est censé convenir du caractère momentané du manquement de son cocontractant et lui consentir, par conséquent, une prorogation tacite de délai. La jurisprudence québécoise s'inscrit dans le droit fil de la doctrine française dominante<sup>90</sup>:

« La mise en demeure, dans les cas où elle doit être faite, est nécessaire parce que l'on présume que le créancier qui ne réclame pas l'exécution de l'obligation accorde tacitement un délai au débiteur. C'est seulement pour faire céder

<sup>89</sup> C.c.Q., art. 1597.

<sup>90</sup> Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Les obligations*, t. 3 « Le rapport d'obligation », 7<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2011, p. 128: « [...] tant que le créancier ne lui réclame pas l'exécution, il est censé lui consentir une prorogation tacite d'échéance. Le rôle de la mise en demeure est donc d'informer le débiteur que la patience de son créancier est épuisée [...] »; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 74, p. 1076 et 1077; B. GRIMONPREZ, préc., note 13, n<sup>o</sup> 36; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 4, p. 523; Christian LARROUMET, *Les obligations. Le contrat*, t. 3, 6<sup>e</sup> éd., « 2<sup>e</sup> partie. Effets », coll. « Droit civil », Paris, Economica, 2007, p. 747 et 748; D. ALLIX, préc., note 38; A. CATHELINÉAU ROULAUD, préc., note 3; C. POPINEAU-DEHAULLON, préc., note 15, p. 447 et 461: « L'inaction du créancier peut, en effet, être perçue comme l'octroi implicite d'un délai supplémentaire d'exécution [...] ».



*la présomption résultant du silence du créancier que la mise en demeure est exigée.»<sup>91</sup>*

Pareille interprétation du silence du créancier assure la pérennité du lien contractuel et emporte des conséquences majeures quant à la portée des droits du créancier qui se voit notamment privé de dommages et intérêts moratoires tant que persiste son refus de se manifester. La décision *Droit de la famille – 2657* permet de prendre toute la mesure de la portée juridique du silence du créancier et de la présomption qui l'accompagne. La Cour du Québec rappelle le principe selon lequel en « matière contractuelle, le créancier qui ne se manifeste pas dès l'échéance consent tacitement à la prolongation du délai d'exécution »<sup>92</sup>. Un délai de douze ans s'était écoulé en l'espèce sans que l'ancienne conjointe n'exige de son mari d'antan le paiement du solde d'une créance. Aucune remise de dette ne saurait résulter de son inertie. Par contre, aucun intérêt ne lui est accordé puisque le contrat oral n'en prévoyait pas et qu'elle avait consenti par son silence au report des paiements<sup>93</sup>. Le silence offre, à sa manière, un gage au

<sup>91</sup> *Reinhardt c. Turcotte*, [1956] B.R. 241, 243 (C.A.) (nos italiques), dans un passage repris avec approbation dans *Place Versailles Inc. c. Montréal (Ville)*, préc., note 85. Cette solution est ancrée dans la jurisprudence: *Plano Construction Inc. c. 6034501 Canada Inc. (Soudure générale AML)*, préc., note 69, par. 21 (*obiter dictum*); *Développements TGB Inc. c. Mercure*, [2008] R.D.I. 301, par. 58-62 (C.S.); *9054-4909 Québec Inc. c. Shawinigan (Ville)*, J.E. 2006-451 (C.Q.); *Chow c. Gagnon*, J.E. 2002-1646 (C.S.); *Industries V.M. Inc. c. Berardini*, préc., note 41; *Droit de la famille – 2657*, J.E. 97-972 (C.Q.); *Dubord Construction Inc. c. Elkman Development Corp.*, préc., note 8; *Mindlin c. Cohen*, [1960] C.S. 114, 119; N. VÉZINA, préc., note 18, 459; Marc BOUDREAU, *La prise d'effet d'une clause de datation en paiement*, mémoire de maîtrise, Ottawa, Université d'Ottawa, 1982, p. 31 et 32; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le Droit civil canadien*, t. 5, Montréal, Librairie de droit et de jurisprudence, 1901, p. 410, 415 et 416. L'interprétation du silence du créancier fait appel à des considérations d'ordre factuel qui ne sauraient justifier l'immixtion de la Cour d'appel du Québec: *Groupe Poulin Thériault Ltée c. Lévis Construction*, [1993] R.L. 188 (C.A.) et, de manière apparentée, *Bitton c. Desbois*, 2009 QCCA 1894 rejetant le pourvoi de l'affaire *Desbois c. Bitton*, 2009 QCCS 1916; *Rawdon (Municipalité) c. Asphalte générale Inc.*, 2008 QCCA 1607 à propos de *Asphalte générale Inc. c. Rawdon (Municipalité)*, 2008 QCCQ 7620.

<sup>92</sup> *Droit de la famille – 2657*, préc., note 91.

<sup>93</sup> *Droit de la famille – 2657*, préc., note 91. Voir aussi: *Chow c. Gagnon*, préc., note 91, par. 168 et 179: « La dette était donc exigible aux jours fixés par la convention; une fois l'échéance arrivée, la dette était exigible. Toutefois, par son inaction, Gagnon a consenti à prolonger tacitement le délai accordé dans la convention. [...] Même en retenant que la clause 30.3 puisse constituer une demeure conventionnelle applicable au seul défaut des débiteurs, compte tenu du long délai entre le défaut allégué et l'avis de transfert des

créancier en l'assurant du maintien du rapport contractuel tout en le privant des avantages normaux liés à l'inexécution d'autrui.

#### a. Les fondements de la présomption tirée du silence du créancier

Le bien-fondé de la présomption concluant à l'existence d'une prorogation tacite du délai d'exécution se vérifie a fortiori lorsque le créancier se résout en dernier ressort à transmettre une mise en demeure. Sa sommation indique – en elle-même – la volonté *antérieure* du créancier d'accorder, fut-ce sans mot dire, un sursis. L'interpellation indique la subsistance du lien contractuel et la persistance de l'intérêt de l'exécution par le débiteur *in personam*. Un délai est encore concevable.

Un auteur prend le contrepied de cette interprétation et dément l'existence d'une prorogation implicite du terme initialement fixé au motif que cette analyse « conduit en réalité à transformer un terme certain en terme indéterminé »<sup>94</sup>. C'est mal poser, il nous semble, la véritable question en jeu. La présomption de prorogation implicite du terme, toute relative dans ses effets, du reste<sup>95</sup>, n'efface aucunement le terme initialement arrêté : elle prend plutôt acte de la nature purement indicative de cette échéance. Faute d'avoir pu ou su négocier un délai de rigueur, le créancier *confirme*, par son inaction, le caractère relatif du manquement observé et l'absence de conséquences irrémédiables du seul fait du dépassement du délai prévu. La présomption de report tacite participe de la *nature* du délai convenu.

---

actions, Gagnon a, par son inaction, accordé implicitement un délai de grâce à ses débiteurs». Le tribunal conclura à la nécessité de l'envoi d'une mise en demeure en raison du délai consenti tacitement. Cette conclusion se suffisait amplement. Le contexte factuel particulier n'en aura que renforcé l'acuité. Le créancier avait, par le passé, dénoncé d'autres manquements dans une mise en demeure, mais non pas celui à l'origine de la mise en œuvre de la sanction prévue au contrat. En sus, ce manquement éventuellement reproché à l'un des débiteurs ne l'aura point été à l'égard du codébiteur...

<sup>94</sup> R. LIBCHABER, préc., note 59, à la p. 120. Cette opinion doctrinale se heurte à la position de la jurisprudence québécoise. À cet effet, voir : *Midani c. Midanco inc (Midanco Investments and Realty Corp.)*, [1996] R.D.I. 11 (C.A.), 15 : « [...] le délai original [*sic*] n'étant pas de rigueur, on se retrouve forcément avec un délai indéterminé ».

<sup>95</sup> La prorogation implicite du délai d'exécution ne fait pas obstacle à l'octroi de dommages et intérêts moratoires en présence, par exemple, d'une dispense conventionnelle de mise en demeure : autant le report de la prestation du débiteur demeure encore envisageable, autant le silence du créancier ne lui interdit pas, en revanche, de réclamer une indemnisation au motif que le délai contractuel fut dépassé.

Soit que le délai initial est purement indicatif, soit qu'aucun délai ne fut prévu<sup>96</sup>. Dans un cas comme dans l'autre, l'inaction du créancier revêt un intérêt juridique. En présence d'un terme indicatif, la passivité du créancier corrobore, à son tour, le caractère plutôt symbolique de la date retenue. En l'absence d'un quelconque terme, l'inaction du créancier lui est pleinement opposable, car seule une mise en demeure de sa part est de nature à servir de terme à l'obligation : force lui est de préciser à son débiteur quand exécuter au moyen d'une interpellation satisfaisante<sup>97</sup>.

Des considérations d'ordre pratique fondent aussi inéluctablement le maintien du contrat pendant le défaut initial de protestation du créancier. Prêter au silence une volonté de dissolution du contrat, à un stade si précoce, dénaturerait le sens vraisemblable de l'inaction du créancier. Une interprétation autre aurait pour effet pervers de favoriser la course à la sanction : le créancier serait incité à l'empressement dans la mise en œuvre des mécanismes conventionnels et légaux de sanction sous peine de voir le contrat disparaître en silence<sup>98</sup>.

La présomption fondée sur l'attentisme du créancier n'est pas sans évoquer, à sa manière, la tendance contemporaine à la « subjectivation de l'exécution contractuelle » et à son corollaire, l'amplification du « droit à la rupture ». Le droit actuel accentue la prise en compte des préférences du créancier quant aux modes de sanction de l'inexécution contractuelle. Cette subjectivation passe aussi par l'accroissement des prérogatives reconnues au créancier contrarié du fait de l'inexécution et par l'unilatéralisme des mesures qui lui sont concédées en guise de riposte<sup>99</sup>. Autant le

<sup>96</sup> L'hypothèse du délai de rigueur est évidemment exclue de la présente analyse.

<sup>97</sup> R. LIBCHABER, préc., note 59, à la p. 120; *Pépin (Rosaire Pelouse Enr.) c. Soudure F.M. St-Guillaume Inc.*, précité, note 5.

<sup>98</sup> Comp. les observations fort opportunes des professeurs Mestre et Fages sous Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 2000, *RTD civ.* 2001.132, 133 : « le contractant serait contraint de se manifester au moindre retard d'exécution et de se prévaloir impitoyablement de toute pénalité conventionnelle de retard pour être sûr de conserver le bénéfice de ses droits. » Comme le souligne de manière apparentée une autre auteure : « Déceler dans l'attente une volonté abdicative pour faire obstacle au jeu d'une sanction, est donc de nature à inciter non pas à une flexibilisation de l'exécution contractuelle par les contractants eux-mêmes, mais à une rigidification de celle-ci autour de la considération stricte de la lettre du contrat » (L. GAUDIN, préc., note 1, p. 410).

<sup>99</sup> Voir notamment : Judith ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », *R.D.C.* 2006.113 ; C. POPINEAU-DEHAULLON, préc., note 15.

créancier se voit offrir une gamme élargie de moyens de rétorsion, autant cette personnalisation du droit à l'exécution se doit indirectement de reconnaître des effets à la passivité du créancier qui se garde de toute forme d'impatience. La subjectivisation relative des droits du créancier suppose, par parenté de raisonnement, le respect de l'attentisme de celui qui préconise la temporisation à l'égard des lenteurs de son cocontractant. Le créancier affiche, par son attentisme, le caractère relatif des manquements du cocontractant. Aussi le droit serait-il malvenu d'en faire abstraction. Le retard dans ses multiples facettes – son importance, ses conséquences – peut ainsi s'apprécier de manière objective ou subjective, selon que l'accent est mis sur la prestation promise ou sur la réaction du créancier :

« Lorsque le contrat, lieu de coopération entre les parties, est devenu lieu de conflit en raison du manquement, c'est le contenu de l'engagement du débiteur qui va retenir l'attention et permettre de comprendre ou non le défaut d'exécution comme temporaire. L'appréciation du retard est alors objective. Néanmoins, la possibilité d'une approche subjective, par le créancier lui-même, de la défaillance de son cocontractant n'est pas exclue. [...] Les relations entre les parties peuvent jouer un rôle de premier plan dans la vigueur d'un lien contractuel, creuset d'intérêts convergents. L'approche personnalisée du rapport d'obligation conserve ainsi une propension certaine à influencer le constat forcément subjectif du retard opéré par le créancier spontanément patient. »<sup>100</sup>

L'attention accordée à la décision du créancier de taire la défaillance du cocontractant revient à lui confier la détermination de l'importance du manquement relevé chez le débiteur. Il s'agit là, aussi, d'une façon de le responsabiliser : le manquement passé sous silence ne saurait être décrié tardivement<sup>101</sup> ou intempestivement.

L'*objet même* de la présomption axée sur le silence du créancier vaut toutefois d'être examiné avec minutie.

<sup>100</sup> L. GAUDIN, préc., note 1, p. 211 et 212.

<sup>101</sup> En font foi plusieurs décisions dont les affaires : *Ferme Martin Drouin et Martin Rhéaume Inc. c. Brochu*, J.E. 2012-1960 (C.Q.) (la patience affichée s'oppose à la résiliation unilatérale subséquente); *Laliberté c. Dyco Québec Inc.*, [2009] R.D.I. 901 (C.Q.); *Tremblay c. Bédard*, J.E. 2006-2059 (C.Q.) (refus d'octroyer des dommages moratoires en raison d'un retard toléré par le créancier) et l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans *Groupe Poulin Thériault Ltée c. Lévis Construction*, préc., note 91, abordé *infra*, note 132.

## b. L'objet de la présomption tirée du silence du créancier

L'interprétation dominante veut que le créancier consente, par son mutisme, une prorogation de terme<sup>102</sup>. Ainsi entendue, la présomption a pour objet la durée du délai d'exécution. Or, la teneur de cette présomption se présente parfois différemment : il lui arrive de porter, non pas sur la modalité de l'obligation du débiteur, mais bien sur la condition même du créancier. Le silence du créancier permettrait de se prononcer sur les répercussions qu'il ressent en raison du retard imposé par les lenteurs du débiteur. La présomption revêt alors une autre nature : « [...] la loi présume, en quelque sorte, que le retard du débiteur jusqu'à sa mise en demeure ne faisait pas éprouver de préjudice au créancier »<sup>103</sup>. Comme l'explique un auteur français : « [...] le terme est présumé indicatif et stipulé dans l'intérêt du débiteur (C.civ., art. 1187). Le créancier n'est supposé souffrir du retard que lorsqu'il a exprimé son agacement et sa volonté d'être payé »<sup>104</sup>.

S'opère ainsi un glissement. La présomption n'a plus trait aux modalités de l'obligation : elle se rapporte plutôt à l'évaluation des conséquences de l'atermoiement du débiteur. En somme, la présomption n'a plus pour objet le régime de l'obligation du débiteur : elle se réclame désormais des règles de la responsabilité contractuelle. Il arrive même que les deux présomptions cessent de se faire concurrence et en viennent plutôt à s'additionner : « Le silence du créancier laisse présumer que le retard ne lui porte aucun préjudice et que, par conséquent, il consent à ce que son débiteur retarde l'exécution de son obligation »<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> Cf. notre analyse *supra*, p. 612 à 616.

<sup>103</sup> P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *préc.*, note 4, p. 523.

<sup>104</sup> B. GRIMONPREZ, *préc.*, note 13, n° 3. Voir aussi : Robert KOURI, « The Putting in Default », (1971) 2 *R.D.U.S.* 1, 55 ; Nabil Hamdi MOGRABI, *La mise en demeure*, thèse de doctorat, Paris, Université Paris II, 1976, p. 18 ; C. LARROUMET, *préc.*, note 90, p. 717 et 759. *Comp. Com.* 17 mai 1971, *Bull. civ.* IV, n° 131, p. 126. Pour un point de vue critique contraire : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 734 et 735.

<sup>105</sup> Léon FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957, p. 339 (et, au même effet, la page 345), dans un passage repris dans l'affaire *Chartrand c. Desrochers*, [1962] C.S. 465. Au même effet, voir : Thierry BONNEAU, *Encyclopédie Dalloz*, v° *Mise en demeure*, n° 5 et 26 ; Marie-Jeanne PIERRARD, « La mise en demeure et les dommages-intérêts compensatoires », *J.C.P.* 1945.I.466 ; V. KARIM, *préc.*, note 47, p. 509.

L'indissociabilité de ces deux présomptions est toutefois sujette à caution. Il vaut mieux leur réserver un rôle autonome et tempérer, du reste, leur absolutisme. Il est des délais contractuels qui n'autorisent pas le cumul de ces présomptions. À preuve la deuxième catégorie de délais d'exécution abordée précédemment<sup>106</sup> : le contrat peut énoncer un délai impératif qui rend le débiteur redevable de dommages moratoires sans interdire pour autant une exécution postérieure. Telle est d'ailleurs l'hypothèse de la dispense conventionnelle de mise en demeure. Pareille exemption peut se déduire de la présence de délais stricts d'exécution<sup>107</sup> ou de l'existence d'une clause pénale<sup>108</sup>. Obligation est faite au juge du fond de :

« rechercher si la nature des engagements souscrits, le caractère strict des délais, spécialement négociés, stipulés à la convention pour l'accomplissement d'obligations dont le créancier avait intérêt à obtenir l'exécution immédiate et dont les débiteurs ne pouvaient ignorer qu'elles étaient essentielles à la poursuite de la convention, n'impliquaient pas une renonciation tacite à l'exigence d'une mise en demeure. »<sup>109</sup>

La dispense conventionnelle de mise en demeure invalide la thèse voulant que la présomption tirée du silence du créancier indique le report tacite du délai d'exécution et l'absence de préjudice attribuable au dépassement du délai convenu. Autant l'exécution tardive de l'obligation n'est pas exclue du seul fait d'une dispense conventionnelle de mise en demeure, autant le créancier a d'ores et déjà droit à des dommages et intérêts moratoires du fait des lenteurs de son cocontractant<sup>110</sup>. Le défaut de dénonciation des carences du débiteur ne traduit donc pas, dans ce cas de figure,

<sup>106</sup> Les délais contractuels sont de trois ordres comme l'expose la classification retenue *supra*, p. 588.

<sup>107</sup> R. LIBCHABER, préc., note 59, à la p. 126.

<sup>108</sup> Mestre et Fages sous Com. 8 oct. 2002, *RTD civ.* 2003.503; Jean-Marc MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 3<sup>e</sup> éd. par Pierre MOUSSERON, Jacques RAYNARD et Jean-Baptiste SEUBE, Paris, Éditions Francis Lefebvre, 2005, p. 344, qui admettent, par le fait même, la suffisance d'une dispense « indirecte ». La seule mention d'une clause pénale n'emporte toutefois aucune conclusion péremptoire; tout demeure affaire de circonstances. Voir, à cet égard, les autorités citées *supra*, note 27. Il est par ailleurs acquis que l'existence d'une clause résolutoire ne saurait suffire, à elle seule, à dispenser le créancier de l'envoi d'une mise en demeure: Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 2004, *Bull. civ. I*, n° 27, p. 25; *Contrats, conc., consom.* 2004, n° 55, note Leveneur.

<sup>109</sup> Com. 8 oct. 2002, préc., note 108.

<sup>110</sup> Voir l'article 1139 C. civ. de concert avec les mots liminaires de l'article 1146 C. civ. et, en droit québécois, les articles 1590, 1594 et 1600 C.c.Q.

l'absence de préjudice ressenti. Si le créancier autorise, par son silence, l'exécution ultérieure des obligations du débiteur, son mutisme ne saurait donner lieu à une présomption comme quoi le retard ne lui occasionne aucun dommage. Le créancier peut user, par exemple, de l'exception d'inexécution tout en escomptant réclamer ultérieurement le dédommagement tiré de la tardiveté de l'accomplissement des obligations du débiteur. La thèse voulant que le créancier accepte l'étalement des obligations du débiteur ne saurait se fonder, dans cette hypothèse, sur l'absence de dommages ressentis<sup>111</sup>. La présomption selon laquelle le créancier atteste, par son absence de protestation, le report du délai d'exécution possède un fondement et une vocation autonomes.

Le silence du créancier ne saurait davantage valoir renonciation au droit de réclamer le paiement de dommages et intérêts moratoires. Une renonciation ne saurait se fonder sur une attitude passive<sup>112</sup>. Du reste,

<sup>111</sup> Rappr. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 2004, pourvoi n° 01-14.271 (*société Automobolis c. Lancereau*).

<sup>112</sup> *Zanetti c. 2946-6117 Québec Inc.*, préc., note 61; *Industrie Alliance, assurances et services financiers Inc. c. Gouveia*, J.E. 2012-1000 (C.A.); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Compagnie d'assurances Commerce & Industry du Canada*, [2011] R.J.Q. 138 (C.S.) (inscription en appel, 2010-12-10, et appel incident, C.A., 2010-12-20, 500-09-021251-103); *L'Union canadienne, compagnie d'assurances c. Quintal*, [2010] R.J.Q. 1090, par. 47 (C.A.); *J.P. Mallette et Associés c. Charbonneau*, 2009 QCCA 2304; *Gestion LJMJ Inc. c. Métro Richelieu Inc.*, J.E. 2008-2228, par. 57 (C.S.); *N.T. c. C.S.*, J.E. 2005-387 (C.A.); *G.M. c. T.P.*, J.E. 2003-98 (C.A.); *Vendetti-Posluns c. Vendetti*, [2003] R.D.I. 432 (C.S.) (inaction d'une durée de 25 ans); *Bastien c. Beaulac*, J.E. 2000-1963 (C.S.); *Droit de la famille – 3227*, J.E. 2000-96 (C.A.); *Droit de la famille – 3727*, [2000] R.D.F. 626 (C.A.); *Droit de la famille – 3418*, [1999] R.D.F. 796 (C.S.); *J.M. Clément Ltée c. 2967-3043 Québec Inc.*, J.E. 94-1239 (C.S.); *Le Guerrier c. Pelletier*, J.E. 94-585, 14 (C.S.) (appel rejeté, C.A., 1998-06-10, 500-09-000670-943); *Copropriétaires de la copropriété La Caserne c. Services M.L. Marengère Inc.*, [1993] R.D.I. 346 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 1994-01-13, 23681); Trib. gr. inst. Paris, 7 janv. 2010, *Contrats, conc., consomm.* 2010, n° 78, note Brault; Civ. 3<sup>e</sup>, 19 mars 2008, *Gaz. Pal.* 2008.2529, note Brault, *RTD civ.* 2008.294, obs. Fages, *RTD civ.* 2008.688, obs. Gautier, D. 2008.1056; Civ. 2<sup>e</sup>, 10 mars 2005, *Bull. civ.* I, n° 68, p. 61; Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 2005, *Bull. civ.* I, n° 108, p. 93, *RTD civ.* 2005.393, obs. Mestre et Fages; Civ. 3<sup>e</sup>, 7 déc. 2004, *Gaz. Pal.* 2005.1306, note Barbier; Civ. 2<sup>e</sup>, 20 juin 2002, *Bull. civ.* II, n° 138, p. 110; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 oct. 2000, *Bull. civ.* II, n° 231, p. 152; Civ. 3<sup>e</sup>, 26 janv. 1994, J.C.P. éd. N. 1994.II.183: « Aucune renonciation au jeu de la clause d'indexation prévue à un bail ne résulte de la circonstance que le bailleur ne s'en est pas prévalu pendant plusieurs années »; Civ. 1<sup>re</sup>, 19 févr. 1991, *Bull. civ.* I, n° 66, p. 42, *Defrénois* 1991, p. 953, obs. Massip; Civ. 3<sup>e</sup>, 18 févr. 1987, D. 1987.I.R.45, *Loyers et copr.* 1987, n° 161; Civ. 3<sup>e</sup>, 20 janv. 1976, *Bull. civ.* III, n° 26, p. 19, J.C.P. 1976.IV.84; Civ. 3<sup>e</sup>, 7 oct. 1975, *Bull. civ.* III, n° 282, p. 214; Civ. 3<sup>e</sup>, 5 mars 1971, *Bull. civ.* III, n° 175,

le droit de consentir au report du terme ne possède aucune incidence sur l'indemnisation du préjudice lié au retard subi<sup>113</sup>. L'article 1600 C.c.Q. en convient formellement: « Le débiteur, même s'il bénéficie d'un délai de grâce, répond, à compter de la demeure, du préjudice qui résulte du retard à exécuter l'obligation, lorsque celle-ci a pour objet une somme d'argent ».

De fait, la perspective d'un délai supplémentaire peut s'avérer l'option la plus avantageuse pour le créancier décidé à atténuer les inconvénients éprouvés par le défaut de ponctualité du débiteur. L'hypothèse d'une exécution par remplacement présente parfois des désavantages. L'exécution par un tiers peut s'avérer un procédé complexe et long dont le créancier se détournera d'autant plus volontiers que ses relations avec le débiteur peuvent être approfondies et tenir à l'expertise particulière de ce dernier.

L'interdépendance des deux présomptions issues du silence du créancier ne se justifie qu'au regard de la troisième catégorie de délais d'exécution abordée précédemment. Cette catégorie vise les délais d'exécution purement indicatifs: l'entente ne prévoyait ni délai de rigueur, ni dispense conventionnelle de mise en demeure<sup>114</sup>. La mention d'un délai purement indicatif dans la convention peut effectivement accréditer l'hypothèse voulant que le créancier qui passe ensuite sous silence le défaut de ponctualité du débiteur n'entende point lui en faire grief et préfère lui consentir un délai d'exécution supplémentaire.

Cette double présomption n'en possède pas moins des détracteurs. Il lui est reproché de faire fi de la stipulation d'un terme<sup>115</sup>. Il est aussi reproché de se fonder sur une attitude passive jugée ambiguë par hypothèse<sup>116</sup>:

p. 128; Com. 13 déc. 1960, *Bull. civ.* III, n° 410, p. 372; Com. 4 mars 1957, *Bull. civ.* III, n° 79, p. 69; L. GAUDIN, préc., note 1, p. 401 à 410; Françoise CHAPUISAT, « La renonciation de l'assureur aux prérogatives du Code des assurances », R.G.A.T. 1993.483, 494.

<sup>113</sup> *Québec (Procureur général) c. Danmar Construction Co.*, C.A. Qué., n° 500-09-000152-72, 22 nov. 1976, (j. Bernier); Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 2004, pourvoi n° 01-14.271, préc., note 111; Com. 30 nov. 1971, D. 1972.I.R.120; *Bull. civ.* IV, n° 289, p. 271. Comp. V. KARIM, préc., note 47, p. 535.

<sup>114</sup> La nature de la convention ne tombe pas non plus sous le coup des articles 1146 C. civ. et 1597 C.c.Q. Autrement dit, l'obligation n'est pas telle qu'elle doive n'être « exécutée utilement que dans un certain temps ».

<sup>115</sup> R. LIBCHABER, préc., note 59, à la p. 120; M. ALTER, préc., note 19, p. 82

<sup>116</sup> C. BLOUD-REY, préc., note 31, p. 448; P. COLLOMB, préc., note 50, p. 392 à 415; M. ALTER, préc., note 19, p. 82; J.-P. LE GALL, préc., note 19, 263. Comp. la note de C. Puigelier sous Aix-en-Provence, 4 juill. 1991, J.C.P. 1993.II.22032.



le créancier ne saurait être censé renoncer au bénéfice du terme sur la foi d'une conduite équivoque.

De telles critiques nous paraissent dénaturer la teneur des présomptions en cause. Ces reproches amalgament les différentes catégories de délais d'exécution et escamotent le fait que la double présomption (report tacite du terme et absence de préjudice lié au retard observé) *se limite aux seules conventions pourvues d'un délai purement indicatif*.

Ces présomptions sont évidemment non avenues en présence d'un délai de rigueur. Le seul passage du temps suffit à consacrer le caractère irréversible de l'inexécution<sup>117</sup>. Le silence du créancier est sans conséquence aucune puisqu'une mise en demeure est exclue *ex hypothesi*<sup>118</sup> : une interpellation n'a de sens que si l'exécution conserve un intérêt<sup>119</sup>. Le non-respect d'un délai de rigueur autorise le créancier à s'estimer délié sans devoir s'en expliquer auprès du débiteur<sup>120</sup>. L'intérêt du créancier pour l'entente se sera évanoui sitôt le temps d'exécution transgressé.

*Partant, la nature du délai exprimé dans la convention façonne la signification attribuée au silence du créancier.* Il est dès lors inexact de laisser entendre que l'interprétation du silence du créancier ne possède aucune assise. L'existence d'un délai de rigueur ôte tout intérêt à l'étude de la passivité du créancier lors du dépassement du délai d'exécution. Le caractère irrémédiable du manquement est d'ores et déjà avéré et il devient par conséquent inutile de s'interroger sur le défaut de protestation du créancier.

La présence d'une dispense conventionnelle de mise en demeure conditionne pareillement la portée du silence du créancier au moment du dépassement du terme. Le droit à des dommages et intérêts moratoires lui est déjà acquis de sorte que la présomption tirée de son défaut de protestation ne peut plus porter que sur l'octroi d'un délai de grâce. La nature du délai convenu dans le contrat ne dément aucunement le bien-fondé de cette présomption. Les parties se sont gardées de prévoir un délai

<sup>117</sup> Voir les articles 1597 C.c.Q. et 1146 C. civ. et, en droit européen de la consommation, l'art. 18 de la *Directive 2011/83/UE*, préc., note 12.

<sup>118</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 1962, *Bull. civ. I*, n° 161, p. 144; Civ., 18 oct. 1927, S. 1928.1.22.

<sup>119</sup> Civ., 24 juill. 1928, D.P. 1930.1.16.

<sup>120</sup> En droit québécois, aucune mise en demeure n'est requise lorsque le délai d'exécution « utile » de l'obligation est écoulé (art. 1597 C.c.Q.). Comp. Com. 18 mars 1952, *Bull. civ. III*, n° 135, p. 103.

de rigueur et ce n'est donc pas faire entorse à leur accord que d'estimer le silence du créancier compatible avec la volonté de poursuivre la relation contractuelle. Ni la nature ni la teneur de l'entente ne permettent de croire à l'inexorabilité du terme convenu. Cette analyse fondée sur le contrat lui-même se trouve ensuite corroborée par le silence du créancier qui se garde de toute interpellation à l'endroit du débiteur. L'interprète est donc d'autant plus justifié d'estimer que la prestation éventuelle du débiteur n'est pas encore dépourvue d'intérêt et que la caducité de l'entente n'est pas d'actualité.

L'existence d'un délai purement indicatif facilite encore davantage l'interprétation du silence du créancier qui ne prend pas ostensiblement ombrage de la défaillance initiale du débiteur. Le contrat en cause ne prévoyait ni dispense de mise en demeure, ni délai de rigueur. En somme, la ponctualité n'avait point été érigée en vertu. L'interprétation du silence du créancier prend acte de la teneur purement indicative du délai d'exécution consenti. Le mutisme du créancier se fait d'autant moins équivoque que le défaut de ponctualité n'est assorti d'aucune conséquence aux termes de l'entente<sup>121</sup> et des circonstances de l'espèce<sup>122</sup>.

En définitive, l'interprétation donnée au silence initial du créancier concorde avec les dispositions contractuelles. Le créancier s'étant bien gardé d'insister sur la présence d'un terme de rigueur et n'ayant su ou pu insérer une clause pénale en cas de tardivité de l'exécution, *son silence ne saurait s'interpréter de façon à récrire a posteriori la convention*. Loin de faire prétendument « exception au principe du consensualisme »<sup>123</sup>, le caractère obligé de la mise en demeure prend bonne note du caractère proprement indicatif du terme convenu par les parties<sup>124</sup>. Ni les termes du

<sup>121</sup> *Le dépassement du terme est dépourvu de sanction immédiate sans être dénué pour autant d'intérêt juridique*. L'inobservation d'un terme indicatif n'entraîne ni dommages moratoires ni résolution contractuelle. En revanche, l'exigibilité de la dette autorise la compensation tout comme le début de la computation du délai de prescription : A. ETIENNEY, préc., note 22, p. 208.

<sup>122</sup> La nature de l'obligation peut suffire à conclure à l'existence d'un délai de rigueur (art. 1597 C.c.Q. et 1146 C. civ.).

<sup>123</sup> X. LAGARDE, préc., note 5, n° 2.

<sup>124</sup> *Dunn c. Hébert*, préc., note 8 ; *Giuffrida c. Farley*, J.E. 2003-305, par. 92 et 93 (C.S.) : « [...] le comportement du défendeur a permis aux demandeurs de croire qu'ils bénéficiaient d'un délai additionnel pour acheter son immeuble. Dans ce contexte le défendeur avait l'obligation de mettre en demeure les demandeurs de lui passer titre dans le délai imparti [...] Les exigences de la bonne foi dans l'exécution des contrats obligent



contrat<sup>125</sup> ni l'attitude du créancier ne donnent à entendre que la célérité est de rigueur. Aussi doit-on s'étonner des réticences d'une frange de la doctrine d'après qui la présomption de prorogation tacite du délai « semble faire assez peu de cas des stipulations contractuelles; destinées à “faire la loi”, elles paraissent proprement balayées par le seul silence d'une partie qui n'est pour rien dans l'inexécution de la remise! »<sup>126</sup>

L'interprétation du silence du créancier se fonde, au contraire, avec *la nature* du délai conventionnel en cause. Il serait paradoxal d'interpréter le silence du créancier de manière à doter la convention d'un terme implacable alors que ni la lettre de l'accord, ni la nature de l'obligation n'autorisent cette conclusion. *La passivité d'une partie ne saurait suffire à revoir la nature de l'engagement souscrit par autrui.* Au surplus, le silence du créancier atteste le relativisme du délai d'exécution. *Ni* les termes de la convention *ni* l'attitude postérieure du créancier n'indiquent la volonté d'astreindre le débiteur à un échéancier de rigueur.

La présomption tire sa légitimité de l'étude de la convention conclue entre les parties. La passivité ultérieure du créancier n'est pas pour autant dépourvue d'intérêt. Elle accredit, au contraire, l'impression qui se dégage d'une convention dépourvue de sanction particulière en cas de dépassement des délais. L'attentisme du créancier illustre éloquemment l'absence d'irréversibilité d'un simple retard. *Le terme est censé repoussé sur la foi d'une présomption qui se fonde autant sur l'examen de la nature et des termes de la convention que sur l'indolence du créancier.* Cette présomption ne se dissocie ni de l'étude du contrat, ni de l'examen du comportement du créancier. Aussi ne peut-on guère la décrier au motif qu'elle participe d'une fiction juridique.

---

le créancier d'une obligation à accorder à son débiteur un délai de grâce lorsque celui prévu au contrat n'est pas impératif».

<sup>125</sup> La stipulation d'un terme a parfois pour effet d'enjoindre le juge du fond français de rechercher si l'échéance convenue ne comporte pas implicitement dispense conventionnelle de mise en demeure. Voir : P. COLLOMB, préc., note 50, p. 373 ; Com. 8 oct. 2002, préc., note 108, et nos remarques sur l'incidence de la brièveté du terme consenti, *infra*, p. 627 et 628. Il est tout aussi loisible, en droit québécois, d'assortir le contrat d'une clause portant que le seul écoulement du temps vaudra demeure du débiteur : art. 1594 C.c.Q.

<sup>126</sup> M. ALTER, préc., note 19, p. 82.



La thèse de la fiction juridique est en butte à d'autres objections. Les attributs prêtés à la passivité du créancier susciteraient la perplexité s'ils semblaient destinés à favoriser le seul débiteur. Or, le créancier est tout aussi fondé à faire état de son absence de réaction afin de valider la thèse du maintien du lien contractuel. Son silence lui profite comme au débiteur. Le créancier peut s'abriter derrière son défaut de dénonciation des carences du débiteur pour arguer de la survie du rapport conventionnel. La tolérance affichée envers les défaillances du cocontractant n'atteste aucunement la thèse de la résiliation tacite de l'entente. Aussi le créancier est-il parfaitement autorisé à faire état de son attentisme afin de réclamer ultérieurement le respect du contrat et combattre la thèse de sa disparition tacite<sup>127</sup>. *Au demeurant, cette interprétation du silence du créancier s'avère en tous points conforme à la finalité de l'exception d'inexécution.*

*La patience n'a d'ailleurs nul besoin de se dire...* Le créancier adopte une attitude conciliable avec l'espérance contractuelle de voir le contrat se réaliser. Il tait tout mécontentement et se met en position d'attente. Il réitère ainsi sa foi dans les chances de réussite contractuelle en s'interdisant tout comportement intempestif. Par son silence et son sens de la retenue, il évite toute mésintelligence et offre une « chance de perpétuation du contrat »<sup>128</sup>.

Abstraction faite de circonstances particulières<sup>129</sup>, le silence du créancier est le gage du maintien du rapport contractuel. Il fait écho à la volonté supposée du débiteur de demeurer engagé. Il est d'ores et déjà acquis que le silence du créancier à qui le débiteur achemine une demande de report peut valoir acceptation de cette requête particulière<sup>130</sup>. Comment interpréter différemment le silence du créancier selon que le débiteur lui adresse formellement ou non une demande de report?

<sup>127</sup> Il convient de renvoyer à trois décisions majeures de la Cour de cassation : Com. 2 nov. 2005, pourvoi n° 04-17.615, préc., note 41 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 75, p. 52, *Gaz. Pal.* 2000.Somm.2.1823, note Guével, *RTD civ.* 2001.132, obs. Mestre et Fages ; *Contrats, conc., consom.* 2000, n° 94, analysé *supra* p. 600 et 601, et Com. 18 janv. 1984, préc., note 78.

<sup>128</sup> Cette belle expression est employée dans un autre contexte par Laetitia Gaudin : L. GAUDIN, préc., note 1, p. 367.

<sup>129</sup> Ces exceptions sont abordées *infra*, p. 631 à 633 et 636 à 643.

<sup>130</sup> *Chartrand c. Desrochers*, préc., note 105 ; *Redmond Co. c. Plante*, préc., note 63 ; Paris, 10 janv. 1925, *Gaz. Pal.* 1925.1.640, *RTD civ.* 1925.357, obs. Demogue.

Le mutisme du créancier doit son éloquence à ce qu'il lui est superflu de réitérer sa détermination à forcer le respect du contrat. À la faveur du mécanisme de l'exception d'inexécution et de son corollaire obligé, la force obligatoire des conventions, il ne lui est aucunement nécessaire de rappeler sa volonté de voir le débiteur se conformer au contrat. Le créancier qui s'abstient d'exécuter sa propre prestation affirme *de ce seul fait* sa volonté d'obtenir satisfaction. Il n'est point besoin d'être aux abois pour rappeler au débiteur la valeur et la vigueur de son engagement.

Le sursis accordé bon gré mal gré au débiteur s'inscrit dans la foulée de l'engagement initial des parties. Le silence du créancier est interprété de manière à sous-tendre sa volonté d'obtenir l'exécution du contrat. Pareille interprétation est tout entière vouée au respect de l'accord. On ne saurait dès lors s'insurger contre une conception du silence destinée à assurer le maintien de la convention : la volonté du créancier de renoncer à l'exécution forcée ne saurait s'exciper de son seul silence.

## 2. Le silence du créancier et l'absence supposée de préjudice

Les remarques précédentes font voir en quoi il est primordial de bien départager la portée et la valeur des deux présomptions fondées sur le silence du créancier. L'une a trait à l'octroi d'une prolongation tacite du délai d'exécution ; l'autre suppose plutôt l'absence de préjudice par suite du défaut de ponctualité du débiteur. Ces deux présomptions opèrent de manière distincte et elles ne sauraient aspirer au même universalisme. La présomption selon laquelle le créancier n'éprouve aucun préjudice est susceptible de se voir démentie par les circonstances. Autant la présence conjuguée d'un délai d'exécution indicatif et du retard mis par le créancier à assurer le respect du terme atteste, au premier abord, l'inexistence de conséquences désavantageuses pour le créancier, autant cette présomption n'a pas de caractère irréfutable. Il est des créanciers qui souffrent en silence. Le défaut de protestation ne se veut pas le gage indiscutable du caractère inoffensif de la défaillance du débiteur.

Le silence du créancier est toutefois susceptible d'encourir trois griefs juridiques.

Le défaut de protestation du créancier par suite de la non-ponctualité de son cocontractant est tout d'abord capable de miner la thèse selon laquelle le créancier a bel et bien ressenti un préjudice occasionné par

l'absence de célérité. La vraisemblance de la thèse du préjudice peut être mise à mal par le défaut de dénonciation de la situation<sup>131</sup>. Le silence du créancier lui sera d'ailleurs d'autant plus nuisible que la preuve du préjudice peut déjà être discutable au vu des faits de l'espèce.

Le défaut de protestation du créancier peut le désavantager à un autre titre. Il peut fort bien avoir estimé, dans un premier temps, préférable de taire le manquement en cause: le contrat peut présenter des avantages tels que la dénonciation des carences du cocontractant ne saurait se justifier. La tolérance du créancier lui interdit alors un éventuel recours en dommages et intérêts<sup>132</sup>.

Reste la possibilité que le créancier subisse un préjudice indiscutable sans en informer le débiteur ni renoncer à une compensation monétaire. La défense faite au créancier de réclamer des dommages et intérêts moratoires en raison de son propre silence ne peut plus se fonder sur une présomption selon laquelle le mutisme serait le gage de l'inexistence d'un préjudice.

La réclamation du créancier qui allègue un manquement qu'il s'est pourtant gardé de dénoncer en temps opportun se heurte néanmoins à des obstacles de taille. Deux principes juridiques complémentaires se conjuguent de façon à faire échec aux revendications formulées à contretemps des stipulations contractuelles et à rebours de la passivité observée chez le créancier.

#### a. La nature impérative de la mise en demeure

Le devoir de loyauté astreint tout d'abord le créancier à dénoncer une inaction dommageable<sup>133</sup>. Cette obligation s'impose à plus forte raison si la teneur du contrat n'évoquait nullement la perspective d'un préjudice de nature moratoire. Si la convention n'a su anticiper le caractère domma-

<sup>131</sup> Comp. Com. 30 oct. 1984, pourvoi n° 82-16.940 et Com. 17 mai 1971, *Bull. civ. IV*, n° 131, p. 126.

<sup>132</sup> Com. 17 mai 1971, *Bull. civ. IV*, n° 135, p. 131; *Laliberté c. Dyco Québec Inc.*, préc., note 101; *Tremblay c. Bédard*, préc., note 101; *Groupe Poulin Thériault Ltée c. Lévis Construction*, préc., note 91. La juridicité relative de la tolérance sera analysée dans notre prochain ouvrage (*La portée juridique du silence et de l'inaction*), à paraître aux Éditions Yvon Blais en 2013.

<sup>133</sup> Ce devoir est sous-entendu à l'article 1134 al. 3 C. civ. et aux articles 6, 7 et 1375 C.c.Q.

geable d'une inexécution tardive, le débiteur sera d'autant moins en mesure de relever le caractère préjudiciable d'un retard *que le créancier n'en fait lui-même aucun cas*<sup>134</sup>. L'exigence de la mise en demeure adressée au débiteur retardataire obéit, dans un second temps, à l'obligation du créancier de minimiser le préjudice éprouvé<sup>135</sup>.

L'impératif de bonne foi justifierait premièrement l'envoi d'une mise en demeure au débiteur défaillant<sup>136</sup>. Un comportement intempêtif unilatéral semble, de fait, d'autant moins conciliable avec les exigences de la bonne foi que le créancier n'a su, au moment de la formation de l'entente, prévoir un délai de rigueur, ni assortir un éventuel défaut de célérité de pénalités de retard. Dans de telles circonstances, l'exigence de la mise en demeure se concilie avec la nature purement indicative du délai contractuel<sup>137</sup>.

Il faut d'ailleurs rappeler que la mention d'un échéancier strict ou la stipulation d'un délai d'exécution très rapproché du moment de la conclusion du contrat sont autant d'indices susceptibles de traduire la présence d'une dispense conventionnelle de mise en demeure. La brièveté des délais consentis est susceptible d'informer adéquatement le débiteur au sujet du degré de célérité escompté<sup>138</sup>.

<sup>134</sup> *Laliberté c. Dyco Québec Inc.*, préc., note 101 ; *Tremblay c. Bédard*, préc., note 101.

<sup>135</sup> Les contours de cette obligation, certes débattue en droit français, sont évoqués *infra*, p. 639 à 643.

<sup>136</sup> *Royal & SunAlliance c. Corporation des systèmes de puissance intégrée*, J.E. 2006-427, par. 24 et suiv. (C.Q.) ; B. GRIMONPREZ, préc., note 13, n° 4 ; C. POPINEAU-DEHAULLON, préc., note 15, p. 461 ; D. ALLIX, préc., note 38, n° 8 ; C. BLOUD-REY, préc., note 31, p. 447 ; X. LAGARDE, préc., note 5, n° 4.

<sup>137</sup> « [...] le comportement du défendeur a permis aux demandeurs de croire qu'ils bénéficieraient d'un délai additionnel pour acheter son immeuble. Dans ce contexte le défendeur avait l'obligation de mettre en demeure les demandeurs de lui passer titre dans le délai imparti [...] *Les exigences de la bonne foi dans l'exécution des contrats obligent le créancier d'une obligation à accorder à son débiteur un délai de grâce lorsque celui prévu au contrat n'est pas impératif* » : *Giuffrida c. Farley*, préc., note 124, par. 92 et 93 (nos italiques). Ce raisonnement nous semble tout aussi valable lorsque la passivité ou les atermoiements du créancier fondent la croyance du débiteur. Cf. d'ailleurs *Dunn c. Hébert*, préc., note 8.

<sup>138</sup> Le court laps de temps entre la signature de l'acte et le terme convenu peut indiquer la volonté des parties de dispenser le créancier de procéder à une mise en demeure en cas de non-exécution à la date fixée : Civ. 3<sup>e</sup>, 19 févr. 1986, *Gaz. Pal.* 1986.Pan.137. Voir encore Com. 8 oct. 2002, préc., note 108 ; C. LARROUMET, préc., note 90, p. 747 et 748 ;

À défaut de tels indices dans la convention, le débiteur devient fondé de croire en la nature indicative du terme : le silence du créancier confortera cette croyance issue de la compréhension de l'entente. Aussi le créancier doit-il contredire la perception accréditée par son comportement passif :

« Tel débiteur qui se savait engagé, mais croyait pouvoir compter pendant quelque temps sur la compréhension et la tolérance de son créancier, sera fort surpris d'apprendre, un jour, que le retard apporté à l'exécution de son obligation était préjudiciable, ou bien encore qu'il n'est plus temps d'exécuter alors que son créancier n'avait manifesté aucune impatience. »<sup>139</sup>

Il appartient ainsi au créancier de détromper le débiteur qui s'en remet aux termes du contrat et au défaut de protestation du créancier. À l'inverse, cette initiative devient inutile si le débiteur lambin se sait pertinemment fautif et l'avoue volontiers : il est alors tenu au paiement de dommages et intérêts moratoires lors même que le créancier s'abstient de le mettre en demeure<sup>140</sup>. Les circonstances peuvent d'ailleurs rendre pareil aveu du débiteur superflu. En présence de manquements fréquents, le débiteur n'est plus à même de prétexter son ignorance du préjudice éprouvé. Aussi l'article 1597 C.c.Q. le considère-t-il en demeure « de plein droit » dès lors qu'il néglige « de manière répétée » de s'acquitter d'une obligation à exécution successive.

Abstraction faite de ces circonstances particulières, l'attitude du créancier revêt une importance primordiale quant à la compréhension que se fait le débiteur de l'entente et des conséquences de son propre atermoiement. Il en va de la passivité du créancier comme d'ailleurs de ses

R. LIBCHABER, préc., note 59, à la p. 1206; Anne CATHELINÉAU ROULAUD, « Le retard en droit civil (1<sup>re</sup> partie) », *L.P.A.* 1998.103.4, sous la note 31.

<sup>139</sup> D. ALLIX, préc., note 38, n° 8. Voir aussi : Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4 « Les obligations », 22<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2000, p. 316; Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983, p. 529; *Laliberté c. Dyco Québec Inc.*, préc., note 101; *Tremblay c. Bédard*, préc., note 101.

<sup>140</sup> La déclaration du débiteur qui se reconnaît en demeure supplée l'absence d'interpellation extrajudiciaire : R. KOURI, préc., note 104, 36 à 38; Com. 10 janv. 1956, *Gaz. Pal.* 1956.I.262, *RTD com.* 1956.312; Douai, 23 juin 1932, *RTD civ.* 1933.99, obs. Demogue; *Iacono c. Midanco Inc.*, [1988] R.J.Q. 1693 (C.S.); à rapprocher quelque peu de *Guertin Éditeur Ltée c. Harcourt Brace & Co.*, B.E. 2003BE-19 (C.A.). Reste en suspens la question de savoir si l'avènement de l'article 1598 C.c.Q. n'est pas de nature à remettre en cause cette jurisprudence.



éventuelles démarches auprès du débiteur : l'ambiguïté du comportement du créancier fait échec à la demeure du débiteur. Les dispositions des codes civils français et québécois consacrées à la mise en demeure recèlent un principe trop souvent occulté : l'expressivité de l'attitude du créancier conditionne l'efficacité de ses recours. Il n'est point de mise en demeure en présence d'une notification équivoque<sup>141</sup>. La valeur juridique de l'interpellation extrajudiciaire se mesure à l'aune de la manifestation de la résolution du créancier. Le Code civil français insiste à trois reprises<sup>142</sup> sur la nécessité d'offrir au débiteur une « interpellation suffisante ».

Aussi la mise en demeure présente-t-elle deux facettes indispensables. Il lui faut, dans un premier temps, traduire la volonté du créancier de tirer les conséquences du défaut du débiteur. Il lui revient également d'indiquer la décision du créancier d'accorder un seul et dernier sursis<sup>143</sup>. La mise en demeure se veut un *acte de patience ultime*. Autant le créancier n'est pas tenu d'énoncer les recours envisagés<sup>144</sup>, autant il lui faut exposer avec netteté sa détermination à obtenir promptement satisfaction : « Par le contenu de sa demande, le créancier doit enlever au débiteur l'opportunité de défendre son inaction par l'imprécision ou l'absence d'une mise en

<sup>141</sup> *Corporation de l'École polytechnique de Montréal c. Fardad*, [2010] R.J.Q. 1325 (C.A.).

<sup>142</sup> C. civ., art. 1139, 1146 et 1153.

<sup>143</sup> Soc. 13 mars 1958, *Bull. civ.* IV, n° 385, p. 280 ; Com. 16 avr. 1956, *Bull. civ.* III, n° 133, p. 111 ; Req. 13 janv. 1909, *Gaz. Pal.* 1909.1.457 ; Civ., 19 févr. 1878, D.P. 1878.1.261 ; Barry NICHOLAS, *The French Law of Contract*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 237 ; P. COLLOMB, préc., note 50, p. 353 et 354 : « [...] aucun doute ne doit subsister sur la volonté du créancier d'obtenir l'exécution. [...] La volonté déclarée prend ici le pas sur la volonté interne. Pour apprécier la portée de l'acte, on doit se placer du côté de son destinataire, plutôt que de son expéditeur. [La jurisprudence exige] que l'intéressé n'ait pu se tromper sur la volonté du créancier. »

<sup>144</sup> D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 9, p. 1716 et 1717 ; Pierre-Gabriel JOBIN, « Équité et sévérité dans la sanction d'une faute contractuelle », (1999) 78 *R. du B. can.* 220, 228 ; P. COLLOMB, préc., note 50, p. 363 et 439. Le législateur québécois tempère cette règle lorsque le créancier entend faire exécuter le contrat par un tiers aux frais du débiteur défaillant : la mise en demeure doit alors normalement faire état de la sanction envisagée par le créancier (art. 1602 C.c.Q. et les remarques de J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 9, p. 700 et 701). Pour une solution quelque peu apparentée en droit français, voir l'analyse d'un arrêt (Civ. 3<sup>e</sup>, 11 janv. 2006) : Olivier DESHAYES, « L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport français », R.D.C. 2010.1139, 1145.

demeure valable»<sup>145</sup>. Libre au créancier toutefois de taire le recours projeté ou le préjudice subi. D'une part, il lui est loisible de préconiser l'exécution en nature: pareil droit n'est nullement subordonné à l'existence d'un dommage<sup>146</sup>. D'autre part, l'on ne saurait astreindre le créancier à préciser la teneur de son préjudice sans quoi une nouvelle mise en demeure s'imposerait dès que le dommage éprouvé s'amplifie. À défaut de dévoiler la mesure projetée à l'encontre du débiteur ou de faire étalage de son préjudice, le créancier est tenu d'exposer sa volonté résolue d'obtenir satisfaction dans les meilleurs délais<sup>147</sup>.

Cette indispensable fermeté emporte des conséquences qui ne sauraient se limiter au choix des mots. Le droit ne se satisfait donc pas de l'examen de la teneur de la mise en demeure. La vigueur de l'avertissement lancé suppose un formalisme de circonstance. La notification des intentions du créancier doit être consignée par écrit, pour des raisons probatoires, certes, mais encore et surtout pour consacrer la solennité de la démarche engagée. La mise en demeure est un acte juridique<sup>148</sup> dont la reconnaissance est assujettie à la forme écrite. Le législateur québécois impose un formalisme<sup>149</sup> aussi de rigueur en droit français<sup>150</sup>.

<sup>145</sup> V. KARIM, préc., note 47, p. 534. Voir encore: *Novacentre Technologie Ltée c. Corporation d'Urgences-santé de la région de Montréal métropolitain*, préc., note 53; *Centre d'Accueil St-Margaret c. Télécom Inc.*, 2003 CanLII 34869 (QC C.Q.).

<sup>146</sup> A. BÉNABENT, préc., note 55, p. 274; *Vacher c. Ciesielski*, J.E. 2012-1679, par. 107 (C.S.) (inscription en appel, C.A., 2012-08-20, 500-09-022943-120. Requête pour suspendre l'exécution d'un jugement accueillie en partie, C.A., 2012-09-12, 500-09-022943-120, 2012 QCCA 1638); *Cam c. Deschênes*, [2009] R.D.I. 212, par. 38 (C.Q.); *Office municipal d'habitation de St-Jérôme c. Boyer*, [2003] R.D.I. 438 (C.Q.).

<sup>147</sup> *Corporation de l'École polytechnique de Montréal c. Fardad*, préc., note 141.

<sup>148</sup> CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, v<sup>o</sup> *Mise en demeure*, p. 214; D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 9, p. 1714.

<sup>149</sup> C.c.Q., art. 1595 al. 1: « La demande extrajudiciaire par laquelle le créancier met son débiteur en demeure doit être faite par écrit. » La jurisprudence et la doctrine se montrent imperturbables au sujet de cette exigence formelle: *Ferme Martin Drouin et Martin Rhéaume inc. c. Brochu*, préc., note 101, par. 63 (C.Q.); *Québéquencia Inc. c. Dumont*, J.E. 2004-1324 (C.Q.); *Goulet c. Poissonnerie de La Baie Inc.*, J.E. 2003-1350, par. 18 (C.S.) (appel rejeté sur requête, C.A., 2003-10-06, 200-09-004545-031); *Industries V.M. Inc. c. Berardini*, préc., note 41; *Ste-Martine Automobile Inc. c. Markotanyos*, [2000] n<sup>o</sup> AZ-50079523 (C.Q.); D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 9, p. 1714 et 1715; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 104, p. 735 et 736; V. KARIM, préc., note 47, p. 530-532; N. VEZINA, préc., note 18, 463.

<sup>150</sup> B. GRIMONPREZ, préc., note 13, n<sup>o</sup> 11; J. CARBONNIER, préc., note 139, p. 322.

## b. La nature préventive de la mise en demeure

### i. *Le silence du créancier et la prévisibilité du préjudice*

L'accent mis sur la compréhension du débiteur a pour effet de mettre en perspective la nature de la présomption issue du silence du créancier. *Cette présomption n'a pas vocation à affirmer, de manière péremptoire, l'inexistence du moindre préjudice en raison du silence du créancier. Elle a plutôt pour objet d'engager le créancier à se manifester pour peu qu'il éprouve véritablement un dommage.* Le créancier ne pourra faire état d'un préjudice si sa conduite passive et si les termes et la nature du contrat donnaient à entendre que la tardivité ne présentait pas de conséquences regrettables.

Le caractère obligatoire de la mise en demeure a pour objet d'éviter des réclamations en dommages et intérêts exorbitantes et imprévisibles. Une décision québécoise illustre à point nommé le fondement *préventif* de la mise en demeure. Un individu vend son entreprise et prétend par la suite qu'une convention orale conclue parallèlement lui réservait un contrat de travail d'une durée de cinq ans. Dans les faits, ce salarié n'œuvrera que le temps d'une saison. Il achemine des mises en demeure relativement à certains versements exigibles par suite de la vente tout en s'abstenant de la moindre réclamation au sujet du respect du contrat d'engagement. Pendant plus de deux ans, il se garde de toute mise en demeure vouée à faire exécuter le contrat d'emploi. Ce silence est jugé fautif puisqu'il aura permis à la partie de voir les dommages s'amplifier sans prévenir d'aucune façon le cocontractant :

« En effet, si le demandeur avait, dès avril 2000, envoyé une mise en demeure à la défenderesse d'exécuter son obligation, de respecter son contrat d'engagement, la défenderesse aurait pu minimiser ainsi ses dommages, ou à tout le moins, elle aurait eu le choix. En laissant ainsi passer le temps, sans la mettre en demeure, le demandeur a volontairement laissé grossir ses dommages. De plus, il ne faut pas oublier que le demandeur, à cette époque, dès mars 2002, s'est constitué en compagnie pour opérer un commerce. Il semble plus que probable que le demandeur ne voulait pas retourner chez la défenderesse puisqu'il y avait mésentente. Il a essayé de se partir une nouvelle entreprise, voyant après deux ans qu'elle ne fonctionne pas, il réclame maintenant les montants qu'aurait dû lui payer la défenderesse. C'est justement ce que le Législateur a voulu éviter. Ainsi, la mise en demeure aurait permis à la défenderesse de diminuer ses dommages en engageant le demandeur durant la période. Le Législateur ne voulait pas, comme le demandeur l'a fait, qu'on

laisse passer le temps et que par la suite on réclame un montant d'argent, sans avoir demandé à l'autre d'exécuter son obligation.»<sup>151</sup>

L'exigence de la mise en demeure obéit au critère de la prévisibilité du préjudice. La mise en demeure s'impose afin d'aviser le débiteur de l'impatience du créancier et lui laisser indirectement entrevoir la perspective de dommages moratoires. Partant, cette notification perd toute raison d'être dès que l'avenir de la convention est irrémédiablement compromis. L'anéantissement des espérances peut résulter de l'attitude du débiteur ou de la nature même de la convention. La mise en demeure est sans objet si le débiteur se rebiffe et manifeste son désaveu de l'accord<sup>152</sup>; l'interpellation extrajudiciaire est tout aussi vaine si l'objet de la convention dément l'intérêt d'une exécution ultérieure<sup>153</sup>. La nature du contrat peut donc suffire à mettre le débiteur au fait de la ponctualité escomptée. La livraison des victuailles au lendemain du banquet de noces n'est d'aucun secours aux époux malheureux. La mise en demeure cesse de s'imposer dès que le créancier est à même de connaître les conséquences de son inexécution.

Le caractère obligatoire de la mise en demeure en matière de dommages moratoires s'explique par le caractère purement indicatif du terme convenu et l'apparente indolence du créancier qui ne s'étonne pas du retard affiché par son cocontractant. La passivité du créancier au-delà de l'échéance stipulée corrobore le caractère en vérité relatif du délai d'exécution.

Force est d'analyser, du reste, les dispositions relatives à la mise en demeure de concert avec celles consacrées à l'évaluation du préjudice contractuel. Le caractère obligatoire ou non de l'interpellation est intimement lié à la nature du préjudice que le droit civil entend réparer. Comme l'énoncent les articles 1150 C. civ. et 1613 C.c.Q., les dommages et intérêts auxquels peut aspirer le créancier sont ceux « qui ont été prévus ou qu'on a

<sup>151</sup> La Cour supérieure du Québec conclut par conséquent au rejet de la réclamation salariale portant sur les deux années d'inexécution antérieurement à l'institution des procédures: *Goulet c. Poissonnerie de La Baie Inc.*, préc., note 149.

<sup>152</sup> Le débiteur est en demeure « de plein droit » s'il manifeste « clairement » son intention de ne pas exécuter l'obligation: art. 1597 C.c.Q; *Plano Construction Inc. c. 6034501 Canada Inc. (Soudure générale AML)*, préc., note 69. Le droit français connaît le même principe: B. GRIMONPREZ, préc., note 13, n° 25.

<sup>153</sup> Voir les articles 1597 C.c.Q. et 1146 C. civ.

pu prévoir » *lors de la formation du contrat*<sup>154</sup>. Dominique Allix fait ressortir avec justesse le rapport obligé entre la mise en demeure et les caractéristiques du préjudice indemnisable :

« C'est au regard des dispositions de l'article 1150 du Code civil qui font de la **prévisibilité du dommage** la condition du droit à réparation qu'il convient selon nous d'apprécier les conséquences de l'inexécution :

- ou bien celles-ci étaient prévisibles et il appartenait au débiteur d'agir en temps utile sans qu'il soit nécessaire de le mettre en demeure ;
- ou bien ces conséquences étaient imprévisibles et c'est au créancier qu'il appartenait de mettre son débiteur en demeure s'il entendait lui imputer les conséquences préjudiciables de son retard. »<sup>155</sup>

#### ii. *Le silence du créancier et la nature du préjudice*

Le critère de la prévisibilité se rapporte à la nature du dommage, non pas à son montant : « Ce n'est pas la quantité de dommages et intérêts qui doit avoir été prévue par le débiteur pour qu'il en réponde, *mais les conséquences de sa défaillance*: tel retard, telle perte d'exploitation, tel contrat manqué, etc. »<sup>156</sup> L'avant-projet de réforme Catala fait cette règle sienne puisque la réparation se limite aux conséquences de l'inexécution qui étaient raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat<sup>157</sup>.

Le principe selon lequel la réparation se cantonne aux seuls dommages prévisibles *au moment de la conclusion du contrat* fonde d'autant mieux l'exigence de la mise en demeure pour peu que les parties se soient abstenues de prévoir un délai de rigueur et que la nature de leur convention ne laisse pas davantage deviner le caractère dommageable d'un défaut de ponctualité. La passivité du créancier postérieurement à l'expiration du

<sup>154</sup> L'article 1613 C.c.Q. fait exception à cette règle limitative en présence d'une faute lourde ou d'une faute intentionnelle de la part du débiteur défaillant. Comp. les articles 1150 et 1151 C. civ. de pair avec le compte rendu qu'en donne la professeure Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1 « Contrat et engagement unilatéral », 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2012, p. 682 à 685.

<sup>155</sup> D. ALLIX, préc., note 38, n° 41 (caractères gras dans l'original).

<sup>156</sup> Marianne FAURE-ABBAD, « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », D. 2007.165, 171 (nos italiques).

<sup>157</sup> *Id.* : voir l'article 1366 de l'avant-projet Catala.

terme contribue à entretenir l'illusion voulant qu'un retard ne soit matière à objection et réclamation.

*Au surplus, le critère de la prévisibilité du dommage offre un trait d'union conceptuel entre les dommages moratoires et les dommages compensatoires. Si ces deux catégories de préjudice se sont longtemps opposées au sujet du caractère obligatoire de la mise en demeure – les dommages moratoires supposant l'envoi préalable d'une sommation, tandis que l'à-propos de ce formalisme fait toujours débat en matière de dommages purement compensatoires<sup>158</sup> –, les entraves à la faculté d'anticipation du débiteur sont de nature à rendre la mise en demeure obligatoire *indépendamment de toute catégorisation du préjudice*. La condamnation à des dommages et intérêts paraît malavisée lorsque le débiteur d'une obligation contractuelle ne fut point en mesure d'appréhender l'existence du préjudice reproché. Cette proposition gagne en acuité et en vérité si le créancier est à l'origine de ce déficit informationnel.*

Le créancier qui ne s'émeut pas de l'inobservation du délai contractuel n'éveille aucunement l'attention du débiteur sur la survenance d'un dommage moratoire<sup>159</sup>. Or, le silence du créancier peut s'avérer tout aussi déplacé en présence de dommages compensatoires. Qu'il suffise de songer au locataire qui se garde bien d'aviser le propriétaire du besoin de réparations survenu dans une pièce à laquelle le propriétaire n'a nullement accès. Le recours éventuel du preneur en dommages et intérêts se heurte à son

<sup>158</sup> La décision de la Chambre mixte de la Cour de cassation prononcée en 2007 n'aura pas suffi à dissiper l'équivoque: « Il semble bien [...] que la Chambre mixte n'ait pas entendu rendre un arrêt de principe par lequel elle exclut définitivement l'exigence de la mise en demeure du débiteur lorsque le créancier réclame des dommages-intérêts compensatoires » (D. Mazeaud sous Ch. mixte, 6 juill. 2007, R.D.C. 2007.1115, 1117). Une auteure abonde dans le même sens et fait état du rapport annuel de la Cour de cassation à l'appui de la proposition selon laquelle la décision de la Chambre mixte n'est pas un arrêt de principe en raison du contexte factuel: C. POPINEAU-DEHAULLON, préc., note 15, p. 461. D'autres auteurs se seront livrés à une interprétation *a contrario* de l'arrêt: « Il faut en déduire, *a contrario*, que lorsque l'inexécution n'est pas définitivement constituée et que l'exécution volontaire reste possible, la mise en demeure est de rigueur, même pour faire jouer la responsabilité contractuelle [...] » (B. GRIMONPREZ, préc., note 13, n° 42). Comp. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 nov. 2007, R.D.C. 2008.295, obs. Carval.

<sup>159</sup> Le présent exemple se limite aux seuls délais contractuels de nature indicative. Le silence du créancier ne porte guère à conséquence en présence d'un terme de rigueur ou d'une dispense conventionnelle de mise en demeure: *supra*, p. 618-623.

propre défaut de collaboration et de transparence<sup>160</sup>. Cette règle est invariable dès lors que la partie dont la responsabilité est recherchée n'est pas à même de soupçonner l'existence du préjudice ressenti par le cocontractant. La mise en demeure s'impose « toutes les fois que le débiteur peut légitimement ignorer l'existence de l'obligation à exécuter »<sup>161</sup>. Le mutisme du créancier bafoue les commandements de l'article 1134 al. 3 C. civ.<sup>162</sup> et des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. Le créancier ne saurait reprocher au débiteur un préjudice qui aurait pu être évité partiellement ou intégralement pour peu que le créancier eût daigné informer en temps utile son cocontractant<sup>163</sup>.

## B. Le silence du créancier, empreinte de *déloyauté envers le cocontractant*

### 1. L'absence de mise en demeure ou l'entorse à l'exigence de la bonne foi

La responsabilité contractuelle n'a pas pour vocation de favoriser la partie avare de renseignements. Partant, *la passivité du créancier est assujettie*

<sup>160</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 5 mars 1985, D. 1985.I.R.268; D. ALLIX, préc., note 38, n<sup>o</sup> 66 et 67.

<sup>161</sup> J. CARBONNIER, préc., note 139, p. 318. L'envoi d'une mise en demeure ne saurait, du reste, suffire à tout coup. Encore faut-il que l'interpellation relate avec suffisamment de clarté les manquements reprochés: *Novacentre Technologie Ltée c. Corporation d'Urgences-santé de la région de Montréal métropolitain*, préc., note 53; *Centre d'Accueil St-Margaret c. Télécom Inc.*, préc., note 145.

<sup>162</sup> B. NICHOLAS, préc., note 143, p. 240; Jérôme HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, vol. 1, thèse de doctorat, Paris, Université de Paris II, 1978, p. 98 et 99; Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Université de Nice, 1977, p. 44 et 45; N.H. MOGRABI, préc., note 104, p.198-201; P. COLLOMB, préc., note 50, p. 255 à 257.

<sup>163</sup> Cela dit, *la question se pose de savoir quel mode d'interpellation préconiser au sujet d'un préjudice de nature proprement compensatoire. Une mise en demeure au sens formel ne semble guère indispensable dès lors que le créancier s'avise de mettre le débiteur au fait de la nécessité de remédier au défaut constaté*. Le formalisme semble donc moins de mise en présence de dommages compensatoires d'autant que l'urgence peut commander une intervention prompte auprès du débiteur. Aussi pourrait-on prétendre que l'exigence de l'écrit posée par l'article 1595 C.c.Q. n'est pas forcément de mise à propos de dommages compensatoires. Comp. les remarques au sujet du droit français de X. LAGARDE, préc., note 5, n<sup>o</sup> 11: « Le formalisme, s'il procure certaines garanties, ne constitue pas une absolue nécessité lorsqu'il est simplement question de transmettre une information. ».

à l'examen de sa légitimité. Le créancier qui tait son préjudice doit répondre de la légitimité de son silence. Faut-il rappeler que l'obligation de bonne foi vise précisément la façon dont le créancier s'assure d'obtenir l'acquittement des obligations du débiteur<sup>164</sup>? L'exécution escomptée du cocontractant ne saurait justifier, de la part du créancier, une entorse au précepte de la bonne foi. Cette exigence s'impose a fortiori si la passivité du créancier a pour effet de rendre exorbitante, voire illusoire, l'exécution de l'obligation du débiteur<sup>165</sup>.

La jurisprudence regorge de décisions qui illustrent l'interdiction faite au créancier de réclamer l'indemnisation d'un préjudice attribuable au défaut de mise en demeure. *Le silence ne se fait plus le gage de l'inexistence d'un préjudice: il traduit plutôt l'entrave au devoir de loyauté envers le cocontractant.* Aussi les tribunaux sont-ils enclins à limiter ou à refuser toute indemnisation au créancier qui a laissé croître le préjudice sans juger bon d'en aviser le débiteur. La demande d'exécution tardive sera désavouée si le silence antérieur du créancier avait l'effet de laisser le débiteur dans l'ignorance du préjudice ressenti et d'amplifier les dommages subis. Aussi est-il jugé qu'un :

<sup>164</sup> « La bonne foi doit [...] inspirer tant l'exécution de ses propres obligations que l'exigence de l'exécution par l'autre de ses obligations. » : M. FABRE-MAGNAN, préc., note 154, p. 70. Le droit québécois et le droit français concordent: *Sokoloff c. 9052-9017 Québec Inc.*, [2008] R.D.I. 176 (C.S.); *Max-I-Mum Services financiers Ltée c. Promotuel du Lac au Fjord*, [2005] R.R.A. 984, par. 48 (C.Q.); D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 9, p. 1113, 1125 et 1133; A. BÉNABENT, préc., note 55, p. 275 et 276.

<sup>165</sup> Pour une affaire apparentée, voir: Com. 17 oct. 1995, *RTD civ.* 1996.898, obs. Mestre. Un créancier se voit reprocher son inertie envers son débiteur initial dans le cadre des procédures instituées ultérieurement à l'encontre des cautions: « attendu que l'arrêt retient que l'obligation de garantie stipulée à la charge des époux D. avait pour but de protéger les bailleurs contre les défaillances du cessionnaire; qu'en s'abstenant pendant plus de deux ans de provoquer la résiliation du bail malgré le défaut de paiement des loyers échus depuis plus de trois mois après le jugement d'ouverture tandis que, selon leurs dires, aucune activité n'était plus exercée dans les lieux, et en réclamant la totalité des loyers échus pendant cette période aux époux D., lesquels n'avaient pas la possibilité juridique de faire résilier le contrat, les époux G. n'ont pas exécuté de bonne foi les conventions les liant aux époux D. dans la mesure où ils ont cherché à faire supporter par ceux-ci la conséquence de leur propre carence; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu estimer que les époux G. avaient commis un abus de droit en réclamant aux époux D. le paiement des loyers échus depuis plus de deux ans. » (nos italiques). À rapprocher de Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juill. 1998, J.C.P. 1999.II.10000, note Fages.





« créancier ne saurait augmenter par son propre fait les réparations auxquelles il a droit de la part de son débiteur. [...] en négligeant de mettre celui-ci en demeure de remplir ses obligations et en laissant s'aggraver les conséquences de l'inexécution, alors que les circonstances devaient nécessairement entraîner une hausse constante des prix, le créancier a commis une faute de nature à exonérer le débiteur d'une partie de la réparation du préjudice subi. »<sup>166</sup>

Un principe analogue est retenu lorsque le créancier transmet une mise en demeure tout en s'employant ensuite à retarder le moment de l'assignation destinée à obtenir l'exécution forcée en raison de la hausse favorable des cours. Le choix de l'exécution forcée peut lui être refusé au motif que son inaction délibérée a rendu l'obligation en nature exorbitante<sup>167</sup>.

Le droit civil se montre intraitable si le silence participe du calcul<sup>168</sup>. À titre d'illustration, la différence des cours, en cas de résiliation de la vente, doit être calculée au jour où il est certain que le contrat ne sera pas exécuté

<sup>166</sup> Douai, 8 avr. 1948, J.C.P. 1948.IV.145, *RTD com.* 1949.156, obs. Hémar. Voir aussi : Com. 23 mars 1949, *Bull. civ.* II, n° 150, p. 281 ; Trib. com. Marseille, 10 juill. 1925, *Gaz. Pal.* Table 1925-1930, « Vente commerciale », n° 752 ; Trib. com. Nantes, 26 mars 1919, *Gaz. Pal.* Table 1912-1920, « Vente commerciale », n° 137 et 138 ; J.-P. LE GALL, préc., note 19, 255, 256, 259 et 260.

<sup>167</sup> Besançon, 24 juin 1919, D.P. 1921.2.115 : « Attendu que, lorsqu'[il] s'agit d'un marché portant sur des marchandises à livrer dans un délai déterminé, qui forme une partie essentielle du contrat, et dont le prix est sujet à de fréquentes variations, surtout comme il l'a été durant la guerre, l'option doit être faite dans un temps rapproché de la date fixée pour la délivrance, sinon la résiliation seule peut être demandée ; Attendu que l'acheteur ne peut en effet garder le silence pendant un temps plus ou moins long pour réclamer la livraison à une époque où les cours ont changé les conditions et les éventualités prévues par les contractants lors de la conclusion, à une date à sa convenance ; que ce serait ouvrir la porte à une spéculation inadmissible, alors que la hausse ne fait que s'accroître ; Attendu que le 12 déc. 1917 Goguel et C<sup>ie</sup> savaient que Tonna ne livrerait pas ; [...] ils devaient à une date voisine du 12 déc. 1917, exercer leur option et ne point, pour le faire, attendre près de six mois ; qu'ils n'ont actuellement d'autre droit que celui de demander la résolution du contrat avec dommages et intérêts ; que leur action tendant à se faire livrer n'est pas recevable ». Voir encore : Civ., 16 mars 1910, D. 1913.5.25 ; Trib. com. Le Havre, 14 déc. 1925, *Gaz. Pal.* 1926.1.405 ; Trib. com. Nantes, 9 oct. 1922, *Gaz. Pal.* Table 1920-1925, « Vente commerciale », n° 246 ; Trib. com. Marseille, 26 juill. 1921, *Gaz. Pal.* 1923.2 Table, « Vente commerciale », n° 47 et 48. Comp. Trib. com. Le Havre, 15 juill. 1925, *Gaz. Pal.* 1925.2.581.

<sup>168</sup> *Le silence répréhensible peut se traduire par le défaut de transmission d'une mise en demeure ou encore par la reconduction tacite d'une convention moribonde.* Fait entorse à la bonne foi la partie qui laisse une clause de tacite reconduction opérer alors que la



« et non au jour de la mise en demeure de l'acheteur arbitrairement retardée »<sup>169</sup>.

La date de livraison envisagée ne saurait non plus être repoussée de manière fallacieuse au moyen d'une mise en demeure tardive destinée à tabler sur une hausse tarifaire inespérée. Le retard à délivrer une mise en demeure ne peut justifier l'artifice qui consiste à déjouer les prévisions contractuelles. Aussi la jurisprudence tient-elle rigueur au créancier qui repousse indûment le moment de la mise en demeure de manière à renchérir sur la prestation escomptée :

« Attendu qu'il s'agit, en l'espèce, d'un marché en disponible, c'est-à-dire que la livraison devait être immédiate ; que, d'après les usages commerciaux, cette livraison aurait dû être effectuée dans la huitaine de la conclusion du marché ;

Attendu que les affaires doivent toujours se traiter loyalement de part et d'autre ; qu'au moment où le marché litigieux a eu lieu, les marchandises en général voyaient leurs prix progresser sans cesse, et quelquefois dans des proportions inconnues jusqu'à ce jour ; que la Cie commerciale de l'Est, pour laquelle les cours étaient en sa faveur, ne devait pas attendre près d'un mois pour demander la livraison et mettre son vendeur en demeure de livrer plus d'un mois après la conclusion du marché ; qu'il serait illogique de faire droit à ses prétentions à ce sujet ; qu'il en serait de même, si au contraire, la marchandise diminuant sans cesse, le vendeur [...] aurait, après des délais anormaux, exigé de son acheteur la prise de livraison ;

Attendu que la Cie commerciale de l'Est aurait agi sagement en mettant Beaudemont en demeure de livrer dans les huit jours de la conclusion du marché ; que c'est sur la différence des cours existant à cette époque avec ceux pratiqués au marché qu'il y a lieu de se baser pour fixer l'indemnité à allouer à la Cie commerciale de l'Est. »<sup>170</sup>

## 2. L'absence de mise en demeure ou l'entorse au devoir de minimiser le préjudice

Les affaires abordées précédemment illustrent la subordination des conditions d'efficacité de la mise en demeure au principe général voulant

---

défaillance définitive du débiteur est d'ores et déjà acquise : Paris, 22 juin 2001, D. 2002.843, note Coulon.

<sup>169</sup> Trib. com. Marseille, 20 juin 1919, *Gaz. Pal.* 1921.1 Table, « Vente commerciale », n° 55.

<sup>170</sup> Trib. com. Beauvais, 15 mars 1926, *Gaz. Pal.* 1927.1.767.



que le créancier soit tenu de minimiser le préjudice ressenti, y compris le manque à gagner. Consacré dans le *Code civil du Québec*<sup>171</sup> et dans la *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*<sup>172</sup>, ce principe certes discuté en droit contemporain français<sup>173</sup> semble

<sup>171</sup> C.c.Q., art. 1479: « La personne qui est tenue de réparer un préjudice ne répond pas de l'aggravation de ce préjudice que la victime pouvait éviter ». À propos de l'évolution de ce principe antérieurement à l'avènement du *Code civil du Québec*, voir: Anne MICHAUD, « Mitigation of Damage in the Context of Remedies for Breach of Contract », (1984) 15 *R.G.D.* 293; Claude D'AOUST, « Minimisation des dommages: sources et application en cas de congédiement », (1991) 22 *R.G.D.* 325; *Gravel et Fils Ltée c. Gravel*, [1995] R.D.I. 14 (C.A.). Voir, en droit comparé: Robert KRUTHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », *Rev.crit.de jurisp. belge* 1989.12.

<sup>172</sup> Comme le veut l'article 77 de la Convention de Vienne (*Acte final de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Doc. off. A/ Conf.97/18): « La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée ». *Adde* Christian MOULY, « Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne », D. 1991.Chron.77, 79.

<sup>173</sup> La présente étude n'a pas l'ambition de tracer les confins de la portée du devoir de minimiser le préjudice en droit français. La doctrine et la jurisprudence ancienne en portent déjà des traces: Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X « Contrats civils », 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1956, p. 359; Com. 9 févr. 1955, *Bull. civ.* III, n<sup>o</sup> 63, p. 48; Paris, 20 mars 1985, *Bull. loyers* 1985, n<sup>o</sup> 264; Paris, 7 janv. 1924, *Gaz. Pal.* 1924.1.477; D.P. 1924.2.143: « [...] il n'est pas loisible au créancier d'une prestation accomplie d'une façon défectueuse, de laisser s'accroître le préjudice et s'accumuler les dommages-intérêts éventuels sans réclamation formelle ni sommation d'avoir à faire cesser le vice de la fourniture dans un bref délai ». Cela étant, la vocation de ce principe à innover le droit français fait toujours débat au sein de la magistrature et des auteurs: voir l'étude pénétrante et toute en finesse de O. DESHAYES, préc., note 144, de même que C. LARROUMET, préc., note 90, p. 862 et 863; Philippe MALINVAUD et Dominique FENOUILLET, *Droit des obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2012, p. 569-571; M. FABRE-MAGNAN, préc., note 154, p. 712 à 714; Pierre-Yves GAUTIER, « Contre Bentham: l'inutile et le droit », *RTD civ.* 1995.797, 822 à 824. Les projets de réforme du code civil français qui se succèdent ont tendance à retenir cette obligation, sans compter que le devoir de loyauté (art. 1134 al. 3 C. civ.) en constitue, d'ores et déjà, un fondement valable: Yves PICOD, « Contrats et obligations. Effet obligatoire des conventions. Exécution de bonne foi des conventions », *J.-Cl. civil*, art. 1134 et 1135, n<sup>o</sup> 51; Pierre RAINVILLE, *The Role of Silence During the Life of a Contract: A Civilian Perspective*, thèse de doctorat, Oxford, Université de Oxford, 1993, p. 171 à 174; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 4, p. 517; C. POPINEAU-DEHAULLON, préc., note 15, p. 607-609; O. DESHAYES, préc., note 144, 1143. L'article 1373 de l'avant-



pourtant *inhérent* à la vocation même de la mise en demeure. L'interpellation extrajudiciaire a pour objet d'aviser le débiteur du caractère intolérable de l'attente du créancier et, par ricochet, de la perspective de sanctions à son encontre. Aussi peut-on mettre en doute l'assertion selon laquelle le devoir du créancier de minimiser ses pertes ne saurait intervenir préalablement à l'envoi d'une mise en demeure puisque, « par hypothèse, le stade de l'inexécution proprement dite n'est pas encore atteint »<sup>174</sup>. La jurisprudence veille, au contraire, à ce que le créancier ne gonfle illégalement le montant de sa créance moratoire en ajournant délibérément l'envoi de la mise en demeure. Le souci d'épargner au débiteur des frais immodérés vise autant la période *antérieure* à l'expédition de la mise en demeure que celle postérieure à son acheminement.

À lui seul, l'impératif de la mise en demeure atteste l'interdiction faite au créancier d'imputer au débiteur des dommages moratoires qui n'auraient pas été dénoncés en temps opportun. Au moyen de ce devoir, le code civil met le débiteur à l'abri des répercussions financières d'un préjudice que le créancier aurait souvent pu endiguer à l'aide d'une action prompte auprès de son cocontractant.

La finalité même de la mise en demeure interdit tout autant les manœuvres déloyales. *La mise en demeure doit préserver les chances d'exécution en nature de l'obligation*<sup>175</sup>. La procrastination du créancier lui sera

---

projet Catala consacrerait l'existence de cette obligation dont le manquement ne se traduirait toutefois pas forcément par l'allègement des dommages dus. Le juge disposerait plutôt de la faculté d'atténuer la réparation accordée et en userait selon l'appréciation qui lui paraît la plus indiquée: voir l'exposé des motifs de la professeure Geneviève Viney dans Geneviève VINEY, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, 22 septembre 2005, p. 149, en ligne: <[http://www.chairejlb.ca/pdf/rapport\\_catala.pdf](http://www.chairejlb.ca/pdf/rapport_catala.pdf)> (consulté le 16 novembre 2012). Comp. l'article 121 des « Propositions de réforme du droit des contrats » explicité par: Philippe REMY, « Les dommages et intérêts », dans François TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 281-289, aux p. 286 et 287. Voir aussi les articles 9: 504 et 9: 505 dans: ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, « Principes contractuels communs », *Projet de cadre commun de référence*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 729-732. Voir, en dernier lieu: Civ. 2<sup>e</sup>, 24 nov. 2011, *Resp.civ. et assur.* 2012, n° 34, note Hocquet-Berg; D. 2012.141, note Adida-Canac; J.C.P.2012.530, note Stoffel-Munck.

<sup>174</sup> L. GAUDIN, préc., note 1, p. 238.

<sup>175</sup> Aussi doit-elle concéder un délai raisonnable au débiteur et l'informer adéquatement des carences reprochées. Pour des raisons analogues, la mise en demeure est dépour-



donc fatalement reprochée lorsqu'elle participe d'un calcul dont l'effet consiste à rendre l'obligation du débiteur indûment onéreuse.

Ces principes ne sont pas sans évoquer la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec consacrée au mode de calcul d'une dette libellée en devise étrangère. Les tribunaux québécois furent amenés à préconiser une règle favorable au créancier qui dispose d'une condamnation monétaire prononcée par un jugement étranger dans le cadre d'un différend contractuel. Appelé à faire exemplifier la décision étrangère par un tribunal québécois, le créancier se voit offrir le choix du taux de change ayant cours soit au moment où le jugement étranger fut prononcé, soit au moment où le juge québécois est appelé à reconnaître la décision étrangère. Cette jurisprudence antérieure à l'avènement de l'article 3161 C.c.Q. est disposée à accorder au créancier la faculté de privilégier le taux de change qui lui est le plus favorable. Cette faveur jurisprudentielle cesse dès que le créancier paraît s'être adressé tardivement aux tribunaux québécois afin de tirer indûment profit de l'évolution des cours :

« Le créancier [...] doit faire la preuve d'un taux de conversion. Si sa réclamation est reconnue comme justifiée, il peut bénéficier de la date qui lui semble la plus favorable. Après tout, le débiteur pouvait toujours payer plus tôt<sup>176</sup>. Une réserve nécessaire serait le cas où l'inaction ou la négligence du créancier porterait préjudice au débiteur, en raison de l'évolution du taux des changes. L'on ne permettrait pas au créancier de spéculer aux dépens du débiteur. »<sup>177</sup>

vue d'efficacité, si elle intervient alors que l'incapacité de respecter le délai contractuel envisagé initialement est connue de tous et avait fait l'objet d'un acquiescement implicite. Le créancier ne peut reprocher le dépassement d'un délai auquel il s'était déjà tacitement résolu [*Gregory c. Château Drummond Inc.*, J.E. 2012-811, par. 93 (C.A.)]. Sa mise en demeure est vaine parce que tardive : le non-respect du délai est inéluctable et le créancier s'y était déjà tacitement résigné (*Groupe Poulin Thériault Ltée c. Lévis Construction*, préc., note 91). Une mise en demeure n'a de sens que si elle rime avec une exigence contractuelle réaliste.

<sup>176</sup> Note ajoutée par l'auteur : Comp. Civ. 2<sup>e</sup>, 29 mai 1991, D. 1992.Somm.276, obs. Kullmann, *Bull. civ.* II, n<sup>o</sup> 165, p. 89, à la page 89 : « [...] le débiteur ne peut se prévaloir de l'inexécution de son obligation de payer pour prétendre retarder jusqu'au jour du paiement la conversion en francs français des sommes, exprimées en monnaie étrangère, qu'il est tenu de verser à son créancier; [...] celui-ci est fondé de convertir à la date de la mise en demeure la somme qui lui est due. »

<sup>177</sup> *Cohen c. Hill Samuel & Co.*, [1989] R.J.Q. 2078, 2083 (C.A.) (nos italiques). Au même effet : *Brec c. Hubscher Ribbon Corporation Ltd.*, 2012 QCCS 719; *Salomon c. Baruchel*, J.E. 96-337 (C.S.).



Cet énoncé a été depuis supplanté par l'article 3161 C.c.Q. qui formule une règle propre aux obligations judiciaires: le tribunal québécois convertit le montant libellé en monnaie étrangère à l'aide du taux de change en vigueur le jour où la décision étrangère devint exécutoire<sup>178</sup>. Les enseignements tirés de la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec sont toutefois d'application générale et inspirent ainsi les règles relatives au paiement de montants libellés en devise étrangère dans un contrat, une facture, un billet à demande, une sentence arbitrale étrangère, une transaction, une traite bancaire ou encore une reconnaissance de dette<sup>179</sup>: le taux de change le plus favorable profite au créancier à l'exception de celui qui tabla sur sa propre inaction afin d'alourdir la dette du débiteur. La

<sup>178</sup> Comp. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 2002, *Bull. civ. I*, n° 162, p. 124, *RTD civ.* 2002.814, aux pages 814 et 815, obs. Mestre et Fages: « [...] il n'appartient pas au juge français de modifier les termes d'une condamnation à somme fixe, prononcée par un juge étranger dans sa monnaie nationale et sans autre indication de sa part; [...] ainsi que l'a relevé la cour d'appel, la réparation du préjudice éventuellement tiré du retard d'un débiteur de somme d'argent à s'exécuter dans une monnaie dévaluée depuis l'exigibilité de sa dette constitue une demande distincte dont elle n'était pas saisie. »; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 4, p. 607.

<sup>179</sup> *Brec c. Hubscher Ribbon Corporation Ltd.*, préc., note 177; *3891747 Canada Inc. (Canasia Importers) c. Azizi*, 2012 QCCS 1528; *Fortis Corporate Insurance c. SDV Logistiques (Canada) Inc.*, 2009 QCCS 1983; *Sanchez c. Ayraud*, 2008 QCCS 1279; *Équipements Stosik Inc. c. Hock Seng Lee Heavy Industries*, 2007 QCCA 1531; *Iron Ore Company of Canada c. Export Development Canada*, 2007 QCCS 4296; *Diop c. 9095-1849 Québec Inc. (Société africaine internationale)*, 2007 QCCQ 12381; *Nottingham Builders Ltd. c. Location de motoneiges Haute Matawinie Inc.*, 2006 QCCQ 12498; *Platinum Equity Holdings l.l.c. c. Gerald Abelson Holdings Inc.*, J.E. 2004-1310 (C.A.), confirmant, sur ce point, J.E. 2002-1059 (C.S.); *J.C. Fibers Inc. c. Papiers Cartina Inc.*, 2003 CanLII 3268 (QC C.Q.); *Universal Paper Export Co. c. Tembec Inc.*, J.E. 2002-282 (C.S.); *Varna-Sampo c. Beninco Holdings Canada Inc.*, 2001 CanLII 19290, par. 46 (QC C.S.): « [...] cette règle donne plus de flexibilité aux parties et au tribunal en plus de permettre au créancier de dissuader son débiteur de différer son paiement »; *Lebedev c. Papa*, J.E. 99-1857 (C.S.); *Edelman c. Stendel*, [1990] R.L. 430, 434 et 435 (C.A.); D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 9, p. 1577. L'inaction injustifiée du créancier peut ainsi lui interdire le taux de change le plus favorable: *Newfoundland Ltd. c. Wrebbit Toys and Manufacturers Inc.*, J.E. 2000-1236 (C.S.). Le droit français retient une règle relativement apparentée; le paiement s'effectue au cours du jour du paiement effectif « sauf si le retard apporté [au paiement] est imputable à l'une des parties »: Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 1990, *Bull. civ. I*, n° 300, p. 210, *RTD civ.* 1991.529, obs. Mestre; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 4, p. 609; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mai 2009, *RTD civ.* 2009.532, obs. Fages, *Droit & patrimoine*, sept. 2009, n° 184, p. 104, note Mattout (recours du débiteur à des prétextes et à des procédures destinés à retarder le remboursement des montants dus).



règle ainsi assortie d'une réserve a l'effet heureux de combattre « toute sollicitation frauduleuse de l'écoulement du temps »<sup>180</sup>.

Autant d'exemples qui illustrent que la passivité ne saurait être à tout coup le gage de l'inexistence d'un préjudice. Au contraire, l'inaction peut receler la volonté de miser sur des conditions désavantageuses pour le débiteur afin de rendre l'exécution ultérieure plus attrayante encore pour le créancier. De telles manœuvres ont vocation à être rattrapées par le droit civil qui fait échec à la déloyauté qui se tapit derrière le silence.

\*  
\*   \*   \*

La présomption voulant que le créancier muet ne souffre aucun préjudice pécuniaire d'un simple retard d'exécution s'avère généralement fondée. Cette présomption se confine d'ailleurs aux seules échéances indicatives<sup>181</sup> : elle prend acte de l'absence de terme de rigueur pour s'appuyer ensuite sur la passivité du créancier : son défaut de protestation, une fois l'échéance expirée, porte à croire que le manque de célérité ne présente aucune conséquence insupportable.

Cette présomption ne possède toutefois aucune valeur absolue. Le créancier peut entendre taire son préjudice. La présomption se veut alors un complément conceptuel au postulat selon lequel les dommages exigibles sont ceux-là seuls qui pouvaient être pressentis lors de la formation du contrat<sup>182</sup>. Il incombe au créancier de se manifester s'il ressent un préjudice *malgré* la nature simplement indicative du terme consenti, sans quoi le débiteur n'est normalement pas à même de soupçonner l'existence et l'ampleur des dommages éprouvés.

En somme, l'inexécution est interprétée à l'aune du comportement du créancier : son défaut de protestation se voit attribuer une signification conforme à la nature et à la teneur du contrat conclu. La juridicité du silence du créancier est fondamentale. La défaillance du débiteur se voit atténuée par le silence du créancier. Le silence fait, en quelque sorte, contrepoids à l'inaction.

<sup>180</sup> Mestre sous Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 1990, *RTD civ.* 1991.529, 530.

<sup>181</sup> La présomption cesse de jouer : 1) en présence d'un terme de rigueur ; ou 2) en présence d'une dispense conventionnelle de mise en demeure.

<sup>182</sup> C. civ., art. 1150 ; C.c.Q., art. 1613.



Ces réflexions sur l'interprétation du silence du créancier ne sont pas sans favoriser le réexamen de la vocation véritable de la mise demeure. La valeur coercitive de la mise en demeure occulte trop souvent sa finalité préventive. Destinée à semoncer le débiteur et le rendre redevable de tout retard supplémentaire, la mise en demeure emprunte en quelque sorte à la justice privée. Le créancier a libre cours pour afficher son mécontentement et en escompter des dividendes. Soit le débiteur s'exécutera, soit il répondra de son inertie devant les tribunaux. Ce mécanisme privé d'interpella-tion, tout entier fondé sur la souplesse quant à sa constitution<sup>183</sup> et sur la commination quant à sa force de persuasion, a tendance à faire oublier les gages qu'il présente pour le débiteur. Conçue selon toute apparence pour le créancier, la mise en demeure présente, de fait, d'indéniables avantages pour la partie défaillante. Cette institution se fait tout aussi protectrice du titulaire de l'obligation que du créancier. En amenant le créancier à rompre le silence, elle l'oblige, de ce seul fait, à arrêter le cours des événements liés à l'inexécution et à fixer le seuil de l'irréversibilité. L'institution de la mise en demeure impose le dévoilement des intentions du créancier. Le droit à la réparation gagne ainsi en prévisibilité.

L'analyse doctrinale semblait s'en être surtout tenue à ce jour à la mise en relief des seules vertus préventives vouées à l'observation du contrat. La mise en demeure entend autant favoriser le respect du contrat qu'anticiper son éventuelle violation :

« Analyser la mise en demeure comme un élément d'une procédure précon-tentieuse amène ainsi à la concevoir comme un procédé destiné à prévenir une sanction et non plus comme la notification d'un retard, annonciateur d'une inexécution. Il ne s'agit donc pas de constituer le débiteur en retard et, au besoin, de le mettre en infraction; il s'agit de lui laisser une dernière chance, alors même que son inexécution est d'ores et déjà caractérisée. »<sup>184</sup>

L'aspect *préventif* de la mise en demeure ne saurait pourtant se limiter au fait de favoriser l'exécution en nature à la faveur d'un ultime sursis. Cette formalité a aussi pour objet de *protéger le débiteur* en le prémunis-

<sup>183</sup> Une simple missive suffit à constituer en demeure comme l'enseignent l'article 1595 C.c.Q. et les articles 1139, 1146 et 1153 C. civ.

<sup>184</sup> X. LAGARDE, préc., note 5, n° 2.



sant contre les réclamations fondées sur un préjudice qu'il ne lui est pas donné de soupçonner<sup>185</sup>.

La mise en demeure fait éclater au grand jour les défaillances du débiteur, certes, mais cette institution entend laisser dans l'ombre les préjudices que le créancier n'a pas cru bon dénoncer. L'interpellation extrajudiciaire balise le sentier de la responsabilité contractuelle en creusant le sillon des manquements du débiteur et en refusant d'exhumer les lacunes passées sous silence.

<sup>185</sup> À rapprocher de *Novacentre Technologie Ltée c. Corporation d'Urgences-santé de la région de Montréal métropolitain*, préc., note 53; *Compagnie d'assurances du Québec c. Toitures J.B. Martin Inc.*, B.E. 97BE-914 (C.Q.); *9025-3683 Québec Inc. c. Camping Transit Inc.*, J.E. 98-2195 (C.Q.); *Société de construction Citam Inc. c. Greco*, J.E. 93-651 (C.Q.). Aussi la mise en demeure est-elle parfois exclue selon un certain courant jurisprudentiel lorsque le débiteur est parfaitement au fait de ses manquements répétés. Voir, par exemple: *Montpetit c. Associés sportifs de Montréal (Midtown Sporting Club du Sanctuaire) s.e.c.*, 2012 QCCS 130: l'exigence de la mise en demeure est écartée alors que la débitrice avait fait lors d'avertissements répétés et qu'elle se savait, depuis des mois, incapable de réaliser les paiements voulus. Cette décision ne saurait toutefois occulter la règle selon laquelle un avertissement oral ne saurait valoir mise en demeure en droit québécois: *supra*, p. 630 et 631.