

La bonne foi comme limite à l'exécution en nature

Laurent CRÉPEAU*

Good Faith as a Barrier to Specific Performance

La buena fe como límite a la ejecución en especie

La boa fé como limite à execução *in natura*

限制实际履行的善意制度

Résumé

Cet article offre un nouvel exemple de la manière par laquelle la bonne foi en droit civil québécois, suivant les principes qui lui sont propres, peut s'étendre naturellement afin de donner lieu à des obligations implicites à une partie d'un contrat. Nous étudions spécifiquement l'exécution en nature des obligations. Alors qu'elle inspirait naguère beaucoup de scepticisme, l'exécution forcée en nature a véritablement été consacrée comme l'une des sanctions de l'inexécution de l'obligation en droit civil québécois. Afin de favoriser son bourgeonnement, le législateur n'établit pas de limite claire à son utilisation, laissant aux tribunaux la tâche d'en délimiter les contours en interprétant quels sont les «cas qui [la] permettent». C'est donc dans la jurisprudence qu'on trouve ses différentes modalités.

Abstract

This paper presents another example of how good faith under Quebec civil law, following its inherent principles, can lead to implicit obligation on contract parties. Our study concentrates on specific performance. While its inception was met with scepticism, specific performance is now one of the main contractual remedies under Quebec civil law. Hoping to favour its full development, the Quebec legislator limited this remedy in no express manner, leaving it to judges to determine its ambit. Jurisprudence thus provides the conditions under which specific performance can be limited.

However, the question remains as to whether specific performance can be limited in cases where it would be excessively onerous or disproportionate given the debtor's obligation and the creditor's

* Candidat au B.C.L./LL.B. (McGill). L'auteur tient à remercier la professeure Rosalie Jukier dont la supervision experte a permis de mener à bien l'écriture du présent article.

Alors que quelques critères limitatifs ont fait consensus jusqu'à présent, un questionnement récurrent taraude toujours les juges: est-il possible de limiter l'exécution en nature dans les cas où celle-ci serait excessivement onéreuse pour le débiteur ou présenterait une disproportion importante entre le coût pour celui-ci et l'intérêt du créancier? Si quelques juges ont offert certaines idées en réponse à cette question, celles-ci ont été inconséquentes jusqu'à présent en raison de leur caractère surtout *obiter* et leur référence à des doctrines anglaises inconnues du droit civil.

Cet article avance que l'obligation de bonne foi permet de véritablement résoudre cette question. La bonne foi offre tout d'abord une réponse adéquate aux tensions entre les principes traditionnels et contemporains du contrat soit, d'un côté, l'autonomie de la volonté et le respect de la parole donnée et, de l'autre, les principes de «justice contractuelle». De plus, la bonne foi, à travers l'abus de droit, offre un cadre d'analyse véritablement civiliste plutôt que d'*equity*. Ainsi, tout en structurant la discrétion du juge sur l'octroi du remède, elle constituerait un changement somme toute très modeste que d'autres systèmes juridiques de tradition civiliste, notamment la Belgique, reconnaissent déjà.

Resumen

Este artículo ofrece un nuevo ejemplo de la manera como la buena fe en el derecho civil de Quebec, de acuerdo con sus principios inherentes, puede conllevar a obligaciones implícitas para una de las partes de un contrato. Estudiaremos específicamente la ejecución en especie de las obligaciones. Si bien hasta hace poco esta inspiró mucho escepticismo, la eje-

interest. While a handful of judges has offered some answers, their solutions have been largely inconsequential given their being often mentioned in *obiter* as well as their reliance on ideas taken from common law.

This paper argues that the obligation of good faith under the civil law of Quebec provides an adequate answer to this question. First, good faith allows to balance traditional contract principles, such as party autonomy and *pacta sunt servanda*, with contemporary ideas such as contractual justice. Additionally, through the abuse of rights theory, good faith provides a better solution than the common law's equitable doctrines to resolve the issue. In sum, by providing judges with a useful analytical framework, it would amount to a fairly modest evolution, which would echo the practice of other civil law jurisdictions, notably Belgium.

Resumo

Este artigo oferece um novo exemplo sobre a maneira pela qual a boa-fé no Direito Civil quebequense, seguindo os princípios que lhe são próprios, pode se estender naturalmente a fim de dar lugar a obrigações implícitas a uma parte do contrato. Estudamos especificamente a execução *in natura* das obrigações. Enquanto inspirava antigamente muito ceticismo, a

cución forzosa en especie fue realmente consagrada como una de las sanciones por el incumplimiento de la obligación en el derecho civil de Quebec. Con el fin de favorecer su completo desarrollo, el legislador no establece un límite claro para su uso, dejando a los tribunales la tarea de delinear su ámbito de aplicación al interpretar cuáles son los «casos que la permiten». Por lo tanto, es en la jurisprudencia que uno encuentra sus diferentes modalidades.

Si bien hasta el momento ha habido consenso sobre algunos criterios limitativos, un cuestionamiento recurrente todavía ocupa a los jueces: ¿es posible limitar la ejecución en especie en los casos en que sea excesivamente costoso para el deudor o se presente una desproporción significativa entre el costo para este y el interés del acreedor? Si bien algunos jueces han ofrecido algunas ideas en respuesta a esta pregunta, hasta ahora han sido inconsistentes debido a su carácter predominantemente *obiter* y a su referencia a doctrinas inglesas desconocidas para el derecho civil.

Este artículo especifica que la obligación de buena fe del derecho civil de Quebec permite resolver verdaderamente esta cuestión. La buena fe ofrece para empezar, un balance entre los principios tradicionales y contemporáneos del contrato, es decir, por un lado, la autonomía de la voluntad y el respeto por la palabra dada, y por otro, los principios de «justicia contractual». Además, la buena fe, a través de la teoría del abuso de los derechos, proporciona un marco de análisis verdaderamente civilista más que de doctrina de equidad. Por lo tanto, proveer a los jueces con un marco analítico estructural constituiría un cambio relativamente modesto que otros sistemas de tradición civilista, principalmente Bélgica, ya reconocen.

execução forçada *in natura* se consagrou verdadeiramente como uma das sanções de inexecução de obrigação no Direito Civil quebequense. A fim de favorecer seu florescimento, o legislador não estabelece limites claros à sua utilização, deixando aos tribunais a função de delinear-lhe os contornos ao interpretar quais são os «casos que [a] permitem». É então na jurisprudência que encontramos suas diferentes modalidades.

Enquanto alguns critérios limitativos são objeto de consenso até o presente, um questionamento recorrente preocupa sempre os juízes: é possível limitar a execução *in natura* nos casos em que seria excessivamente onerosa para o devedor ou apresentaria uma desproporção significativa entre o custo para este e o interesse do credor? Alguns juízes ofereceram certas ideias em resposta a esta questão, foram no entanto inconsequentes até o presente em razão de seu caráter sobretudo *obiter* e sua referência a doutrinas inglesas desconhecidas no Direito Civil.

Este artigo propõe que a obrigação de boa-fé permite resolver esta questão de maneira efetiva. A boa-fé oferece desde o princípio uma resposta adequada às tensões entre os princípios tradicionais e contemporâneos do contrato, ou seja, de um lado, a autonomia da vontade e o respeito à palavra dada e, de outro, os princípios de «justiça contratual». Ademais, a boa-fé, através do abuso de direito, oferece um quadro de análise verdadeiramente civilista mais que de *equity*. Assim, ao mesmo tempo que estrutura a discricão do juiz sobre a outorga do remédio, ela constituiria uma mudança a rigor bem modesta, que outros sistemas de tradição civilista, notadamente a Bélgica, reconhece.

摘要

本文展示了魁北克民法中的善意制度怎样根据其固有的原则向合同当事人施加隐形义务的新例证。我们的研究专注于债的实际履行。尽管其在诞生之初就受到质疑，但在司法实践中，实际履行已然成为魁北克民法上债务不履行的惩罚方式之一。为促进其发展，立法者没有为它的适用划定清晰的边界，而是把这个任务交给法院，对什么是“若情况允许”进行解释。所以我们在司法判例中能发现各种各样的适用条件。

尽管目前已经对限制适用的某些标准达成了一致，但仍有一个问题困扰法官：能否将实际履行限于实际履行对债务人而言过于昂贵或是债务人的成本与债权人的利益严重不合比例的情况？如果说有一些判例对这一问题做出了一定的回应，由于这些判决意见的“附带”性质并且是参考民法中没有的来自普通法的学说，这些判例一直都无关紧要。

本文提出，善义务能真正解决这一问题。首先，善意制度能充分回应合同法上的传统原则（即意思自治与遵守承诺）与现代原则（即合同正义原则）之间的紧张。其次，善意制度通过权利滥用提供了一个真正符合民法传统的分析框架，而非普通法上的衡平救济。因此，作为法官自由裁量的依据，善意制度的引入将为实际履行带来适当的变革，而这一点已经在其他大陆法系国家，比如比利时，获得了认可。

Plan de l'article

Introduction	329
I. L'exécution en nature en droit civil québécois	334
A. L'origine et les principes à la base de l'exécution en nature comme sanction de l'inexécution des obligations	334
B. Les limites actuelles de l'exécution en nature	338
1. L'impossibilité d'exécuter une obligation	339
2. L'impact sans motif valable sur les droits d'un tiers	339
3. La nécessité d'une implication personnelle fondamentale dans l'exécution de l'obligation de faire	340
4. L'incapacité de formuler l'injonction en termes suffisamment clairs pour que celle-ci puisse être mise en pratique	341
C. Les cas de <i>hardship</i> dans la jurisprudence québécoise	342
II. La bonne foi comme limite à l'exécution en nature	348
A. L'évolution de la bonne foi en droit civil québécois: de formalisme à justice contractuelle	349
B. L'abus de droit comme solution au <i>hardship</i>	356
C. L'abus de droit comme limite de l'exécution en nature en droit belge – une piste d'application	359
Conclusion	364

Dans son récent arrêt *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, la Cour suprême du Canada a statué sur l'état du principe général de bonne foi contractuelle en droit civil québécois¹. L'appelante, Churchill Falls, cherchait à faire reconnaître un devoir de renégociation émanant de la bonne foi contractuelle afin de forcer l'intimée, Hydro-Québec, à adapter les termes de son contrat pour tenir compte des bénéfices faramineux dont avait bénéficié cette dernière suivant des changements importants qu'aurait subi le marché de l'électricité après la signature du contrat. Huit juges sur neuf ont rejeté la position de l'appelante, rappelant que l'imprévision, dont l'argumentaire de l'appelante semblait épouser le galbe, n'était pas reconnue en droit civil québécois et décidant que l'intimée n'avait pas enfreint son devoir de bonne foi en l'espèce. Le juge Gascon pour la majorité affirme à ce sujet :

Ainsi, si une protection s'apparentant à celle qu'accorde la théorie de l'imprévision peut se manifester en l'espèce, c'est uniquement dans la mesure où la bonne foi l'autorise [...] La notion de bonne foi possède ses propres contours et sa propre logique, et sa portée ne peut être élargie au point d'y inclure la possibilité de sanctionner une partie en l'absence de comportement déraisonnable de sa part, ou une obligation de renégociation des obligations principales d'un contrat en toutes circonstances.²

Cette analyse réitère le caractère général de la bonne foi et souligne la souplesse de son principe. En d'autres mots, la bonne foi pourrait mener à la reconnaissance d'obligations implicites, telle une obligation de renégocier un contrat, si les circonstances et la nature du contrat font qu'un tel devoir émane de l'obligation de bonne foi que les parties se doivent l'une à l'autre. Cet article offre un nouvel exemple de la manière par laquelle le gouvernement de la bonne foi peut s'étendre naturellement afin de donner lieu à de nouvelles obligations. Nous examinerons précisément comment la bonne foi peut limiter l'exécution en nature des obligations.

Depuis sa consécration à travers une série d'arrêts de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec durant les années 1980, l'exécution en nature, que le *Code civil du Québec* définit à son article 1601, est devenue un remède important en droit civil québécois³. Non seulement la jurisprudence

¹ *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46.

² *Id.*, par. 110.

³ Voir *Propriétés Cité Concordia Ltée c. Banque royale du Canada*, [1981] C.S. 812 [*Propriétés Cité Concordia*]; *Steinberg Inc c. Centre d'achat Duberger Inc*, [1987] R.J.Q. 868

antérieure, suivant la common law, la considérait-elle comme un remède d'exception, mais elle était également très réticente à forcer l'exécution par crainte d'empiéter trop largement sur la liberté individuelle des débiteurs⁴. Quoique les juges refusent toujours d'accorder l'exécution en nature pour forcer une obligation purement personnelle de faire, son champ d'application s'est progressivement ouvert. Elle se positionne maintenant sur un pied d'égalité avec les dommages-intérêts (« l'exécution par équivalent »), la résolution ou la résiliation du contrat, et la réduction des obligations comme sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle à la disposition du créancier. Cette évolution jurisprudentielle est codifiée à l'article 1590 du *Code civil du Québec*:

L'obligation confère au créancier le droit d'exiger qu'elle soit exécutée entièrement, correctement et sans retard.

Lorsque le débiteur, sans justification, n'exécute pas son obligation et qu'il est en demeure, le créancier peut, sans préjudice de son droit à l'exécution par équivalent de tout ou partie de l'obligation :

1° Forcer l'exécution en nature de l'obligation ;

2° Obtenir, si l'obligation est contractuelle, la résolution ou la résiliation du contrat ou la réduction de sa propre obligation corrélative ;

3° Prendre tout autre moyen que la loi prévoit pour la mise en œuvre de son droit à l'exécution de l'obligation. (nos soulignements)

Par cet article, le législateur a voulu affirmer que la sanction de l'inexécution d'une obligation est au libre choix du créancier, qui peut opter pour l'exécution en nature aussi bien qu'un autre moyen contre son débiteur pour mettre en œuvre son droit à l'exécution de l'obligation.

Si par cet aboutissement, l'exécution en nature a complété une sorte de gestation, elle demeure néanmoins propre à évoluer suivant la probité sociale et les questions auxquelles la cour doit répondre. En effet, même si

(C.A.); *Cie de construction Belcourt Ltée c. Golden Griddle Pancake House Ltd*, [1988] R.J.Q. 716 (C.S.) [*Golden Griddle*]; *Imasco RI inc. c. Place Bonaventure inc.*, (13 octobre 1993), Montréal 500-09-001778-935 (C.A.) [*Imasco*].

⁴ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, « L'exécution spécifique des contrats en droit civil », (1958-1959) 5-2 *R.D. McGill* 109, 113 ; voir aussi Rosalie JUKIER, « The Emergence of Specific Performance as a Major Remedy in Quebec Law », (1987) 47-1 *R. du B.* 47.

elle constitue un remède normal en droit des contrats, l'exécution forcée en nature demeure restreinte aux « cas qui le permettent »⁵. Ainsi, tout en supposant que l'exécution en nature soit une sanction de l'inexécution de l'obligation à laquelle le créancier a naturellement droit, les juges peuvent refuser d'octroyer ce remède dans certains cas exceptionnels justifiés par les principes du droit québécois et les conséquences nocives que peut avoir l'exécution.

Ce texte s'intéresse au traitement que reçoit l'exécution en nature dans les situations où l'exécution forcée est excessivement onéreuse ou qu'elle présente une disproportion importante entre le coût au débiteur et l'intérêt du créancier. Par ces situations, on entend des cas où un débiteur fautif demanderait que soit refusée une demande d'exécution forcée en nature de son obligation en raison des difficultés excessives, voire déraisonnables, que cette exécution lui imposerait. Il reviendrait alors au juge d'user de sa discrétion afin de déterminer si ce débiteur peut être forcé d'exécuter son obligation en nature – en d'autres mots, si le cas en l'espèce en est un qui « permet » l'exécution en nature en vertu de l'article 1601 du *Code civil du Québec*. Ainsi, par exemple, une personne ayant contracté pour la vente de sa maison et subissant par la suite un handicap majeur la laissant très vulnérable et dépendante de son voisinage pourrait-elle argumenter que la passation des titres lui serait suffisamment préjudiciable pour substituer des dommages-intérêts à la demande d'exécution forcée du créancier⁶? Ou encore, un restaurateur dont le bail est assorti d'une clause d'opération continue pourrait-il voir un ordre d'opérer son commerce substitué à des dommages-intérêts même si cette opération lui occasionnait des pertes extrêmement graves⁷?

La question pose deux écueils. Premièrement, l'établissement d'une telle limite à l'exécution en nature mène naturellement à l'affrontement de principes majeurs du droit québécois. Alors que l'autonomie de la volonté et le respect de la parole donnée (*pacta sunt servanda*) militent ardemment en faveur du respect des engagements contractuels, les idées d'équité et de bonne foi aspirent à une « justice contractuelle » permettant à la fois la poursuite des intérêts respectifs des contractants et la prévention d'une interprétation trop rigoriste des obligations contractuelles menant à l'exploitation

⁵ Art. 1601 C.c.Q.

⁶ Voir *Patel v. Ali*, [1984] 1 All E.R. 978 [*Patel*].

⁷ *Golden Griddle*, préc., note 3.

du débiteur⁸. Il importe donc de demander s'il est possible de concilier ces principes pour limiter l'exécution excessivement onéreuse ou déraisonnable, nonobstant le droit que détiendrait normalement le créancier à cette sanction de l'inexécution de l'obligation, et considérant l'existence d'une faute claire du débiteur qui ouvrirait la porte à une telle sanction. Ainsi, il faut établir jusqu'où les tribunaux ont le mandat d'agir pour prévenir l'usage dit « excessif » d'un droit.

Deuxièmement, en plus d'être omises par le Code civil, les situations où l'exécution est excessivement onéreuse ou déraisonnable n'ont pas encore reçu de traitement adéquat par les tribunaux, comme le démontre la jurisprudence mitigée sur le sujet⁹. En effet, alors que plusieurs juges ont tenté une réponse en promouvant la « balance of hardship » applicable aux injonctions permanentes en common law (que nous nommerons subséquemment « doctrine du *hardship* » ou simplement *hardship* afin d'éviter toute confusion avec le concept similairement nommé au Québec applicable aux injonctions interlocutoires) pour limiter l'exécution en nature, ce concept a encore aujourd'hui une place douteuse en droit québécois. De plus, il n'a jamais mené au refus du droit à l'exécution en nature d'un créancier légitime. Le droit québécois se positionnerait ainsi à l'opposé de plusieurs systèmes juridiques de tradition civiliste¹⁰ et de common

⁸ Voir Jean-Louis BAUDOIN, « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle en droit civil québécois », dans Gilles GOUBEUX (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XX^e siècle*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2015, p. 29, aux p. 39 et suiv.; Beverley M. McLACHLIN, « A New Morality in Business Law? », (1990) 16 *C.B.L.J.* 319; Daniel PICOTTE, « Les mécanismes d'encadrement judiciaire des relations commerciales contractuelles et extracontractuelles – évolutions et tendances », dans Pierre-Paul CÔTÉ et Christianne DUBREUIL (dir.), *La morale et le droit des affaires : Journées Maximilien-Caron 1993*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 387.

⁹ Voir par ex. *Brasserie Labatt c. Montréal (Ville de)*, 1987 CanLII 386 (QC C.A.) [*Brasserie Labatt*]; *Avi Financial Corporation (1985) inc. c. Novergaz*, REJB 1997-02446 (C.S.); cf. *Manuel Lazar Inc. c. Kaspo Foods Inc.*, 2006 QCCS 5797 [*Manuel Lazar*].

¹⁰ Voir l'art. 1221 C. civ.: « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier »; §275(2) BGB: « Le débiteur peut refuser d'exécuter son obligation, si celle-ci nécessite une dépense qui, compte tenu du rapport d'obligation et du principe de bonne foi, est gravement disproportionnée par rapport à l'intérêt du créancier à l'exécution. Lors de la détermination des efforts exigés du débiteur, il faut prendre en compte si l'empêchement peut lui être imputé ».

law¹¹ ainsi que d'instruments internationaux de droit mou comme UNIDROIT¹² ou les Principes européens de droit des contrats¹³, qui reconnaissent tous les difficultés excessives causées par l'exécution forcée comme limite à celle-ci.

En somme, l'exécution en nature excessivement onéreuse ou disproportionnée d'une obligation nécessite une nouvelle approche théorique ainsi qu'une démarche qui puisse aisément être appliquée par les juges québécois. Cette approche doit être flexible afin de permettre une stabilité entre les différents principes du droit québécois.

Nous affirmons dans ce texte que l'obligation de bonne foi aux articles 6, 7 et 1375 du Code civil peut fournir ce nouveau cadre théorique. Cette obligation traverse le droit des contrats et bénéficie d'une définition relativement floue qui lui offre une application assez vaste¹⁴. Sa finalité est d'assurer une certaine éthique des parties à tout moment de l'existence de leurs obligations¹⁵. De plus, un de ses corollaires est la théorie de l'abus de droit, qui affirme qu'on ne peut abuser de ses droits ou en faire usage de manière excessive ou déraisonnable¹⁶. Par cette théorie, la bonne foi pourrait s'étendre naturellement pour limiter l'exécution en nature dans

¹¹ Voir *Patel*, préc., note 6 : « The textbooks and reported decisions have long recognized hardship as one ground on which, in a proper case, a purchaser or vendor may be refused specific performance and be left to his right to damages for breach of contract at law. » Voir aussi *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores Holding Ltd*, 1997 UKHL 17 [*Argyll Stores*]; *Stewart v. Ambrosina*, (1976) 63 D.L.R. (3d) 595 [*Stewart*].

¹² Voir l'art. 7.2.2. : « À défaut par le débiteur de s'acquitter d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution, sauf lorsque [...] b) l'exécution ou s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables », *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, 2016, en ligne : <<https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2010-official-languages/principes-d-unidroit-2010-french-integral>> (consulté le 10 janvier 2020).

¹³ Voir l'art. 9:102 : « (1) Le créancier d'une obligation autre que de somme d'argent a droit d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution défectueuse. (2) Toutefois, l'exécution en nature ne peut être obtenue lorsque [...] (b) elle comporterait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables », disponible en ligne : <https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/Textes_proposes_synthese.pdf> (consulté le 10 janvier 2020).

¹⁴ Voir Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit des contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 49, à la p. 60; Vincente FORTIER, « La fonction normative des notions floues », (1991) *R.R.J.* 755.

¹⁵ Voir l'art. 1375 C.c.Q.

¹⁶ Art. 7 C.c.Q.; *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122 [*Houle*].

les cas où l'exécution deviendrait excessivement onéreuse pour le débiteur ou présenterait une disproportion manifeste entre les coûts et intérêts des parties. Cette évolution permettrait, de plus, une réappropriation conceptuelle par le droit civil de l'exécution en nature, dont le véhicule procédural, soit l'injonction et le *hardship*, sont issus du droit anglais. Ce changement assainirait une certaine incohérence causée par la transplantation de ces idées en droit québécois et offrirait aux juges une justification de l'usage de leur discrétion plus concordante avec l'esprit du droit civil. Limiter l'exécution en nature par l'abus de droit s'inscrit, de plus, dans une mentalité contractuelle mieux adaptée aux réalités commerciales contemporaines.

Ce texte se penche, tout d'abord, sur l'exécution en nature, ses principes, limites, et son traitement actuel dans les cas où un débiteur argumente que l'exécution forcée lui serait excessivement onéreuse et hors de toute proportion, et brandit la doctrine anglaise du *hardship*. Par la suite, il se concentre sur la bonne foi, plus particulièrement l'abus de droit et son rôle comme norme de comportement en examinant particulièrement ses qualités protéiformes servant de rempart à la fois aux idées d'équité et de justice contractuelle ainsi que des principes fondamentaux du contrat. Finalement, il décrit comment l'abus de droit pourrait tempérer l'exécution en nature en prenant exemple sur le droit belge qui, sans avoir codifié cette pratique, en reconnaît déjà l'application et comment cette évolution serait, en somme, très modeste pour le droit québécois.

I. L'exécution en nature en droit civil québécois

L'exécution en nature est codifiée aux articles 1590 et 1601 du *Code civil du Québec*. Ce dernier article établit que « [l]e créancier, dans les cas qui le permettent, peut demander que le débiteur soit forcé d'exécuter en nature l'obligation » (nos soulignements).

A. L'origine et les principes à la base de l'exécution en nature comme sanction de l'inexécution des obligations

L'exécution en nature, telle qu'elle existe au sein du droit québécois, a ses assises dans l'injonction de *common law*¹⁷. En accord avec la règle de sa tradition juridique d'origine, elle a historiquement été considérée comme

¹⁷ Voir Ghislain MASSÉ, « L'exécution des obligations via l'astreinte française et l'injonction québécoise », (1984) 44 *R. du B.* 659; Paul-Arthur GENDREAU, France THIBAUT,

supplétive¹⁸, n'étant accordée que lorsque les dommages-intérêts étaient inadéquats¹⁹. Aujourd'hui, l'exécution en nature est présumée être le remède normal à l'inexécution d'une obligation²⁰. Cette notion se fonde sur le principe du respect de la parole donnée en droit des contrats. Les parties tentent de se donner une emprise sur l'avenir en contractant. Elles cherchent à poursuivre leurs intérêts et atteindre des objectifs. Ainsi, le produit respectif que chacun obtient à terme importe beaucoup plus dans la relation contractuelle que la relation unissant les cocontractants elle-même²¹. Qu'une partie demande l'exécution par équivalent ou l'exécution en nature à la cour pour sanctionner l'inexécution, le but demeure toujours d'amener la partie dans l'état où elle aurait été si le contrat avait été exécuté normalement.

Même lorsqu'on inclut ses doctrines les plus restrictives, la common law reconnaît que l'exécution en nature peut offrir un avantage unique aux parties puisqu'elle permet au créancier de forcer l'exécution spécifique d'une obligation de son débiteur, ce qui peut s'avérer particulièrement utile notamment lorsqu'une prestation ou, plus largement, l'exécution même de l'obligation par le débiteur est d'importance particulière pour le créancier. Alors que l'exécution par équivalent (c'est-à-dire un montant en dommages-intérêts) amènerait, en quelque sorte, le créancier dans la position où il aurait été si le contrat avait été exécuté normalement, dans certains cas, si l'objet du contrat est unique, très spécifique, voire rarissime, les dommages-intérêts risquent d'être de peu d'intérêt au créancier qui préférerait recevoir la chose ou l'exécution elle-même²². Par exemple, on peut penser à une pièce mécanique conçue spécialement pour un appareil, ou un procédé unique pour accomplir une opération. Certaines obligations d'une étendue plus générale peuvent également avoir une valeur particulièrement importante pour le créancier au regard de son contexte spécifique.

Denis FERLAND, Bernard CLICHE et Martine GRAVEL (dir.), *L'injonction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 4 et suiv.

¹⁸ Voir R. JUKIER, préc., note 4, 53.

¹⁹ Voir par ex. *Argyll Stores*, préc., note 11; John D. McCAMUS, *The Law of Contracts*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2012, p. 912 et 913.

²⁰ Voir *Varnet Software Corp. c. Varnet UK Ltd*, [1994] R.J.Q. 2755 (C.A.) [*Varnet*].

²¹ La bonne relation entre les parties figure parmi les éléments permettant l'atteinte des objectifs du contrat. Ainsi, les parties se doivent loyauté et coopération. Voir Marie-Annik GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité: la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 202 et suiv.

²² Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, n^o 2872.

Par exemple, un centre commercial a un intérêt particulier dans une obligation d'opération continue de ses locataires, comme il profite du commerce de divers types de biens et services²³. Chacun de ses locataires constituant une maille de tapisserie, le centre désire ainsi maximiser la variété des produits offerts afin d'intéresser le plus grand nombre d'acheteurs. De la même manière, un franchisé dont le franchiseur se met à empiéter sur son territoire et à lui faire compétition a un intérêt particulier à demander l'exécution en nature puisqu'une partie importante de son revenu peut être liée à sa coopération avec son franchiseur²⁴.

L'expansion de l'exécution en nature pourrait être vue comme résultant d'un désir accru des tribunaux au cours du 20^e siècle de promouvoir le respect du principe de la parole donnée (*pacta sunt servanda*), qui demande que les conventions librement conclues soient exécutées telles que convenues. L'introduction en 1965 de l'injonction mandatoire par le législateur est ainsi venue mitiger la protection dont avait bénéficié la liberté individuelle du débiteur jusqu'alors²⁵. Le principe du respect de la parole donnée peut se subdiviser en deux branches: une qu'on pourrait dire morale et l'autre, utilitaire. La branche morale de *pacta sunt servanda* postule qu'un contractant doit respecter ses obligations parce qu'il s'est volontairement engagé à le faire envers son cocontractant. Ainsi il a un devoir moral de respecter ses engagements²⁶. La branche utilitaire, de son côté, affirme que les contractants doivent être tenus à respecter leurs obligations afin d'assurer la sécurité des conventions. Si les parties contractent, c'est parce qu'elles ont l'intention de dissiper les incertitudes et de s'assurer un avenir plus stable et prévisible. Elles cherchent donc à s'assurer un état défini à travers le temps qu'elles peuvent prévoir et idéalement calculer²⁷. Les ententes

²³ Voir par ex. *Golden Griddle*, préc., note 3; *Argyll Stores*, préc., note 11.

²⁴ Voir par ex *Club de voyages Aventures (Groupe) inc. c. Club de voyages Aventure inc.*, 1999 CanLII 11348 (QC C.S.).

²⁵ Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « Les sanctions de l'exécution du contrat », dans *La réforme du Code civil: cinq ans plus tard*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 107. La jurisprudence, jusque dans les années 1980, s'est toutefois montrée très conservatrice face à ce moyen. Voir aussi R. JUKIER, préc., note 4; voir la note 3 et le texte correspondant.

²⁶ Voir Élise M. CHARPENTIER, « La bonne foi dans l'élaboration du contrat », (1996) 26 *R.D.U.S.* 299, 314: cette interprétation nous vient du droit canonique inspiré par les écrits des pères de l'Église, dont notamment, Thomas d'Aquin qui considérait que l'obligation de respecter ses engagements faisait partie du droit naturel.

²⁷ Voir Sébastien KORTMANN, « La sécurité des transactions et du crédit », dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne: les Journées Maximilien-Caron 1990*, Montréal, Éditions Thémis, 1990, p. 203.

contractuelles risqueraient de perdre en fiabilité si celles-ci peuvent être librement violées par le débiteur qui se résout à payer des dommages, ce que l'analyse économique du droit appelle la théorie de l'*efficient breach*²⁸.

L'attitude promulguée par l'*efficient breach* et plus généralement la common law, qui accepte d'accorder l'exécution en nature seulement dans les cas où les dommages-intérêts sont inadéquats, met à mal le principe du respect de la parole donnée, car un débiteur est plus susceptible de négliger ses obligations en faveur de meilleures opportunités contractuelles si la probabilité qu'une cour le force à exécuter ses obligations en nature est extrêmement faible²⁹. Bien sûr, le créancier pourrait toujours faire exécuter l'obligation *par remplacement* en faisant exécuter l'obligation par un tiers aux frais du débiteur³⁰ mais cela amène également son lot de tergiversations, notamment la négociation et la conclusion d'un autre contrat avec un tiers. Ce moyen viendrait alors ralentir le créancier dans l'obtention de ses intérêts contractuels et insécuriser ses plans d'avenir et parfois, par le fait même, ses relations contractuelles futures³¹.

La stabilité économique étant chère au législateur québécois, comme démontre son refus d'inclure une théorie générale de la lésion ou de l'imprévision dans le Code civil³², ainsi que l'importance qu'il accorde au respect de la parole donnée devraient donc logiquement militer en faveur d'un droit clair à l'exécution en nature. Cela s'accorde, de plus, avec le fait que le créancier n'a pas besoin d'avoir subi un préjudice sérieux en lien avec

²⁸ Voir généralement Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2008; Richard A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 6^e éd., Boston, Aspen Publishers, 2003.

²⁹ Voir Louise ROLLAND, « Les tiers : ces acteurs de la dynamique juridique du Code civil du Québec », (2006) 40 *R.J.T.* 239, 252.

³⁰ Art. 1602 C.c.Q.

³¹ Voir *contra* : Alan SCHWARTZ et Daniel MARCOVITS, « The Myth of Efficient Breach », (2010) *Faculty Scholarship Series*, Papier 93. La légitimité des dommages-intérêts comme remède principal est souvent remise en question en common law. À titre d'exemple, on peut légitimement se questionner sur le résultat potentiel qu'aurait eu une affaire controversée comme *Peevyhouse v. Garland Mining Co*, 382 P.2nd 109 (Okla Sup. Ct. 1962) si l'exécution en nature avait été plaidée. Voir Judith L. MAUTE, « *Peevyhouse v. Garland Mining Co* Revisited: the Ballad of Willie and Lucille », (1995) 89 *Nw. U. L. Rev.* 1341.

³² Voir Julie BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit civil québécois », (1996-1997) 42 *R.D. McGill* 761, 782.

l'inexécution de l'obligation pour y avoir droit³³. Pour établir une emprise sur l'avenir, comme le demande l'économie contemporaine, caractérisée par les contrats à long terme et d'adhésion ainsi que par l'incertitude des différentes variables du contrat, il ne peut être qu'avantageux pour le créancier d'avoir accès à ce remède. En somme, l'exécution en nature permet un exercice contractuel plus assuré devant l'incertitude caractérisant plusieurs relations commerciales. Elle est donc un outil important de l'ordre contractuel contemporain³⁴.

B. Les limites actuelles de l'exécution en nature

Le législateur n'énumère pas les cas particuliers où l'exécution en nature peut être accordée. Cela dénote un infléchissement vers la flexibilité et une interprétation libérale lorsqu'il s'agit de déterminer les « cas qui le permettent ». Cet infléchissement est lui-même tributaire du statut d'égalité aux autres sanctions possibles de l'inexécution dont bénéficie l'exécution en nature en vertu de l'article 1590 du Code civil. Alors qu'une infinité de situations peuvent donner lieu à un recours judiciaire, l'établissement d'une théorie générale de l'exécution en nature seulement limitée par les tribunaux démontre l'effort du législateur de promouvoir l'exécution en nature comme remède contractuel normal. Les « cas qui le permettent » sont ainsi déterminés par les juges afin d'assurer la souplesse du remède³⁵. En observant la jurisprudence, on remarque toutefois que les juges se sont beaucoup moins affairés à définir « les cas qui le permettent » que « les cas qui ne le permettent pas ». Cette approche a beaucoup de sens si l'on considère la reconnaissance équivalente que ce remède possède avec les dommages-intérêts. On en vient donc à presque présumer que l'exécution en nature s'applique et à décider par après si des raisons justifient de ne pas accorder le remède³⁶. Le juge doit user de sa discrétion pour assurer la

³³ Voir Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 731.

³⁴ *Id.*, n° 741 ; Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 4 *R.D. McGill* 903.

³⁵ Voir Katheryne A. DESFOSSÉS, « Mise en œuvre du droit à l'exécution de l'obligation », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Obligations*, fasc. 11, Montréal, LexisNexis Canada, n° 57, à jour au 1^{er} octobre 2018 ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 33, n° 736 ; Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n° 1003.

³⁶ J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *id.*

justice de l'ordre qu'il rend. Ainsi, l'adéquation de l'exécution en nature s'appréciera selon les circonstances de chaque situation.

La jurisprudence reconnaît actuellement quatre facteurs principaux limitant l'exécution en nature³⁷ : 1) l'impossibilité dans les faits d'exécuter l'obligation, 2) l'impact sans motif valable de celle-ci sur les droits d'un tiers, 3) la nécessité d'une implication personnelle fondamentale dans l'exécution de l'obligation et 4) l'incapacité de formuler l'injonction en termes suffisamment clairs pour que celle-ci puisse être mise en pratique.

1. L'impossibilité d'exécuter une obligation

L'exécution en nature ne peut être ordonnée lorsque celle-ci est physiquement impossible au point d'en devenir illusoire. Par exemple, un employeur dont les employés sont en grève ne peut se voir forcé d'exécuter une obligation nécessitant leur aide³⁸. De la même manière, dans le cas d'une obligation de délivrance, le débiteur ne peut être forcé de livrer une chose unique si celle-ci a été détruite³⁹ ou n'est plus en la possession du débiteur⁴⁰. L'exécution de l'obligation ne peut, de plus, être de nature à créer un réel danger⁴¹, ou à enfreindre une norme légale impérative⁴².

2. L'impact sans motif valable sur les droits d'un tiers

L'exécution en nature ne peut être accordée si elle a pour effet de porter atteinte sans motif valable aux droits d'un tiers. Dans certaines situations, un tiers de bonne foi est introduit au sein d'une relation contractuelle déjà existante⁴³. Ce tiers, contrairement au débiteur fautif qui refuse

³⁷ Voir par ex. *Charron c. Groupe Roy*, 2002 CanLII 33119 (QC C.S.), par. 28 et suiv.; *Ly c. Constructions Sainte-Gabrielle*, 2016 QCCS 2952; *Id.*, n° 739 et suiv.

³⁸ Voir *Westmount Square inc. c. Dominion Stores*, (21 décembre 1982), Montréal, 500-05-012052-823.

³⁹ Voir D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 22, n° 2876.

⁴⁰ Voir par ex. *Guénette c. Nurun*, [2002] R.J.Q. 1035 (vente d'actions devenue impossible car elles avaient déjà été vendues).

⁴¹ Voir J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 33, n° 739.

⁴² Voir par ex. *Ouellette c. Croteau*, 2002 CanLII 32883 (QC C.S.) (la *Loi sur Hydro-Québec* interdit de revendre, louer, prêter, échanger ou donner de l'électricité).

⁴³ Voir par ex. *JM Clément Ltée c. 2411-4639 Québec inc.*, REJB 1994-73785 [*JM Clément*]; *Syndicat des copropriétaires du Sir George Simpson c. Langleben*, 2016 QCCS 3812 [*Langleben CS*], inf. pour d'autres motifs par 2018 QCCA 1074 [*Langleben CA*] laquelle renverse la décision de première instance en se fondant sur la prémisse que le tiers

d'exécuter ses obligations en vertu du contrat, n'a généralement pas commis de faute contractuelle. À tout le moins, il n'était pas au courant du fait que ses actions allaient à l'encontre de la lettre d'un contrat existant⁴⁴. Ces situations se présentent souvent dans le cadre d'une demande d'exécution d'une obligation de ne pas faire. Par exemple, dans la décision *J.M. Clément Ltée c. 2411-4639 Québec inc*, le locateur-demandeur n'a pu obtenir une injonction pour expulser un tiers à qui le locataire-défendeur sous-louait le local⁴⁵. Accorder l'exécution en nature dans ces cas pour faire respecter les droits du créancier risquerait de causer un préjudice concomitant à un tiers de bonne foi qui croyait contracter normalement. L'octroi de dommages-intérêts serait donc une voie nettement plus appropriée pour sanctionner l'inexécution de l'obligation.

3. La nécessité d'une implication personnelle fondamentale dans l'exécution de l'obligation de faire

L'exécution en nature ne sera généralement pas accordée lorsqu'elle demande une implication personnalisée et individuelle du débiteur dans l'exécution d'une obligation de faire. L'idée de *nemo potest praecise cogi ad factum* (« on ne peut forcer quelqu'un à faire quelque chose ») garde toujours primauté à cet égard. Ainsi, certaines actions comme peindre un portrait, offrir un récital de chant ou jouer dans une pièce de théâtre demeurent hors d'atteinte de l'injonction⁴⁶. Au-delà de la prestation artistique, toute prestation du débiteur nécessitant son expertise ou son aptitude particulière ne peut être forcée⁴⁷. L'implication personnalisée traverse l'histoire de l'exécution en nature et est au cœur de son évolution conceptuelle dans la deuxième moitié du vingtième siècle. Alors que le respect de la liberté individuelle du débiteur reste la principale considération d'une demande d'injonction mandatoire, avec le temps, la plupart des commerces qui autrefois étaient constitués d'une personne sont devenues de larges toiles de gérants, sous-traitants et préposés. En accord avec cette réalité historique, les cours ont pu libéraliser le droit à l'exécution en nature d'une

agissait consciemment en contradiction de l'obligation d'une des parties, ce qui aurait permis au demandeur de bénéficier de l'exécution en nature qui aurait mis fin au bail illégal; *Royer c. Trépanier*, 1990 CanLII 3209 (QC C.A.).

⁴⁴ Voir D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 22, n° 2452.

⁴⁵ Voir la note 43.

⁴⁶ Voir par ex. *Lombard c. Varennes*, (1922) 32 B.R. 164.

⁴⁷ Voir J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 33, n° 739.

obligation de faire étant donné que celui-ci, désormais, incombe beaucoup plus rarement aux actes d'une personne précise. Désormais, une obligation d'une personne morale peut souvent être complétée par un préposé ou un sous-traitant et, donc, ne nécessite plus réellement une implication personnelle de la part du débiteur personne morale⁴⁸.

4. L'incapacité de formuler l'injonction en termes suffisamment clairs pour que celle-ci puisse être mise en pratique

L'injonction est le principal véhicule de l'exécution en nature. Le *Code de procédure civile*, à son article 509, définit ce moyen comme

une ordonnance de la Cour supérieure enjoignant à une personne ou, dans le cas d'une personne morale, d'une société ou d'une association ou d'un autre groupement sans personnalité juridique, à ses dirigeants ou représentants, de ne pas faire ou de cesser de faire quelque chose ou d'accomplir un acte déterminé.

Le refus d'obtempérer à l'injonction donne ouverture à un jugement d'outrage au tribunal pouvant mener à un emprisonnement provisoire, au paiement d'une amende et à l'exécution forcée de « travaux à utilité sociale »⁴⁹.

En accordant l'exécution en nature, le juge doit s'assurer que l'injonction soit formulée de manière suffisamment claire pour permettre l'identification des actes qui constitueraient une contravention à l'ordre de la cour. L'ordre doit donc être suffisamment précis dans sa description de l'obligation à exécuter afin d'éviter toute ambiguïté qui pourrait obscurcir les conditions de son respect pour le débiteur et, ultimement, empêcher la cour de condamner les fautifs pour outrage au tribunal dans l'éventualité de son entorse⁵⁰. Souvent, la question se pose lorsque les actes qui doivent

⁴⁸ Voir D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 22, n° 2876.

⁴⁹ Art. 62 C.p.c.

⁵⁰ Voir *Picard c. Johnson & Higgins Willis Faber*, [1988] R.J.Q. 235 (C.A.), 242 et suiv. : « l'ordonnance d'injonction doit être exécutoire [...] Elle doit être claire et compréhensible pour ceux qu'elle vise [...] Il faut alors que l'auteur de l'ordonnance définisse clairement les actes qu'il ordonnera ou ceux qu'il prohibera [...] Une ordonnance d'injonction ne remplit pas sa fonction lorsque sa teneur est si vague qu'elle obligerait le tribunal saisi de procédures pour outrage au tribunal, à l'interpréter ou forcerait, dans certains cas, celui contre qui elle est dirigée, à demander des opinions juridiques sophistiquées pour déterminer l'étendue des obligations auxquelles il est soumis ».

être posés afin d'exécuter l'obligation sont d'une telle complexité que « la mise en œuvre de la décision et la preuve d'une violation éventuelle par le débiteur présentera des difficultés importantes »⁵¹.

C. Les cas de *hardship* dans la jurisprudence québécoise

La limite à l'exécution en nature basée sur le caractère excessivement onéreux ou déraisonnable de l'exécution occupe une place particulière au sein du droit civil. La seule véritable tentative de répondre à cette situation par certains juges s'est faite essentiellement à travers le *hardship*, un principe de droit anglais applicable aux injonctions permanentes⁵². L'injonction étant elle-même issue de la common law, c'est vers cette tradition juridique que la Cour suprême, au milieu des années 1970, s'est tournée afin de suppléer au droit existant. Comme l'écrivit le juge Pigeon dans l'arrêt *Trudel c. Clairol inc. of Canada*:

[I]es cas dans lesquels on peut [recevoir une injonction] ne sont pas spécifiés. Par conséquent, il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire qui s'exerce en s'inspirant des principes suivis dans les juridictions de *Common law* puisqu'il s'agit d'un recours qu'on y a emprunté.⁵³

Il convient de noter, toutefois, que cette opinion a évolué depuis. Prenons, à titre d'exemple, l'opinion du juge Baudouin de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Varnet Software*, qui affirme que malgré son emprunt à la common law, l'exécution en nature n'est pas tenue d'adhérer aux principes de l'injonction en droit civil⁵⁴.

⁵¹ Voir par ex. *Supermarché ARG Inc. c. Provigo Distribution Inc.*, [1995] R.J.Q. 464 (appel accueilli sur d'autres points dans [1998] R.J.Q. 47); *Entreprises Allaire et Gince inc. c. Pete Persons Terre Sable et gravier inc.*, 2010 QCCS 101 (confirmé dans 2011 QCCA 2085); *Fakhri c. Dipaolo*, 2016 QCCA 2829.

⁵² Voir Alain PRUJINER, « L'injonction, voie d'exécution forcée des obligations de faire », (1989) 20 R.G.D. 51, 59. Voir par ex. *Brasserie Labatt*, préc., note 9; *Syndicat des copropriétaires du Bief des Seigneurs, Tour « D » c. Klein*, REJB 2003-49451; *Carrefour Langelier c. Cineplex Odeon*, REJB 1999-15160; *Langleben CS*, préc., note 43.

⁵³ *Trudel c. Clairol inc. of Canada*, [1975] 2 R.C.S. 236, 246; repris dans *AIEST, local de scène no 56 c. Société de la Place-des-Arts*, 2004 CSC 2, par. 13, et subséquemment dans *Corporation scientifique Claisse inc. c. Instruments Katanax inc.*, 2006 QCCA 1425, par. 20.

⁵⁴ Voir *Varnet*, préc., note 20, 2758 :

At the outset, I must clearly state that I agree with the respondent's contention that under the Civil Law of Quebec, specific performance of contracts is the general

À la suite du jugement de la Cour suprême dans *Trudel c. Clairol inc of Canada*, le *hardship* a été introduit dans la jurisprudence québécoise par l'arrêt *Brasserie Labatt c. Montréal (Ville de)*⁵⁵. Dans cet arrêt, Labatt demandait l'exécution en nature d'une obligation de ne pas faire de la ville de Montréal, qui tentait de contracter avec un autre promoteur alors que le contrat avec Labatt contenait une clause d'exclusivité. La ville de Montréal a plaidé, d'une part, que son contrat avec Labatt avait été résilié et que, d'autre part, la cessation des négociations avec l'autre promoteur lui serait très difficile et préjudiciable⁵⁶. Citant au passage plusieurs traités et arrêts de common law⁵⁷, la Cour supérieure considéra la doctrine anglaise du *hardship* comme barème pour évaluer l'octroi d'injonctions permanentes⁵⁸. Dans un paragraphe qui fut souvent repris par après⁵⁹, elle définit que :

[1]a “balance of hardship” est applicable lorsque le préjudice qui découle de l'injonction est oppressif et déraisonnable et reste beaucoup moins important que le poids des inconvénients en matière d'injonction interlocutoire. Spry, *The Principles of Equitable Remedies*, 3rd, 1984 p. 193. Spry, p. 383.⁶⁰

Usant de cette règle, la Cour s'est questionnée à savoir si les conditions onéreuses de l'exécution en nature justifiaient qu'elle emploie sa discrétion pour refuser d'accorder ce remède⁶¹. Finalement, elle a accordé l'exécution en nature dans ce cas⁶². Le traitement du *hardship* dans l'arrêt *Brasserie Labatt* représente bien la jurisprudence qui en émane. Alors que les juges se reconnaissent détenteurs d'une large discrétion quant à l'attribution de

rule, unlike the Common Law approach which favours compensation for breach by damages awards. I also agree that specific performance cannot be granted in certain cases where the personal action of the debtor of the obligation is of the essence. Finally, I agree with both parties that since the introduction of mandatory injunction, the law of Quebec has evolved and that courts should no longer hesitate to grant mandatory injunctive relief when the necessary conditions are met.

⁵⁵ *Brasserie Labatt*, préc., note 9, par. 39.

⁵⁶ *Id.*, par. 50 et suiv.

⁵⁷ Voir Joseph CHITTY, *On Contracts*, vol. 1, Londres, Sweet and Maxwell, 1977, n° 1673-1680; *Doherty v. Allman*, (1878) 3 App. Cas. 709; *Adili c. Tovell*, (1927) 2 Ch. 243; *Decro-Wall International S.A. v. Practioners in Marketing*, [1971] 2 All E.R. 216.

⁵⁸ Voir *Brasserie Labatt*, préc., note 9, par. 39 et suiv.

⁵⁹ Voir par ex. *Golden Griddle*, préc., note 3, par. 77; *Granby (Ville de) c. Poulin (Succession de)*, 2016 QCCA 945, par. 51 [*Poulin*].

⁶⁰ Voir *Brasserie Labatt*, préc., note 9, par. 40.

⁶¹ *Id.*, par. 38.

⁶² *Id.*, par. 63.

l'injonction mandatoire et, par extension, de l'exécution en nature, un survol de la jurisprudence révèle l'inexistence de cas où la doctrine du *hardship* a servi à refuser au créancier son droit à l'exécution en nature d'une obligation. Que doit-on comprendre de cela? D'une part, on peut affirmer que les véritables cas de *hardship* demeurent relativement limités. La jurisprudence ne contient qu'environ une vingtaine d'arrêts où la notion a été employée après que l'arrêt *Brasserie Labatt* l'eut introduite en 1987. D'autre part, les juges québécois ont généralement tendance à utiliser prudemment leur discrétion⁶³. Lorsque les obligations sont librement contractées par les parties, la cour ne cherchera pas à en prévenir l'exécution par respect pour les principes de l'autonomie de la volonté et du respect de la parole donnée. Ainsi, ce ne serait que dans les rares cas où l'injonction permanente de la cour empiète excessivement sur les droits de la personne ciblée par celle-ci que la discrétion judiciaire devrait être employée⁶⁴.

Il est capital de souligner, de plus, que la doctrine du *hardship* garde encore aujourd'hui une place douteuse en droit civil. Non seulement est-elle toujours très peu traitée par les auteurs de doctrine⁶⁵, si l'on se fie à la jurisprudence, son acceptation au sein du droit civil peut également être

⁶³ Voir Pierre-Gabriel JOBIN, « L'imprévision dans la réforme du Code civil et aujourd'hui », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 378, à la p. 386; Jean PINEAU, « La discrétion judiciaire a-t-elle fait des ravages en matière contractuelle? », dans Claude MASSE (dir.), *La réforme du Code civil: cinq ans plus tard*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 141, aux p. 177 et 178.

⁶⁴ Voir par ex. *Centre hospitalier des vallées de l'Outaouais c. M. S.*, 2004 CanLII 18345 (QC C.S.) [*Centre hospitalier*] où la cour use de sa discrétion afin de permettre à la fille extrêmement récalcitrante d'une patiente de continuer de voir sa mère sous certaines conditions plutôt que d'accéder à la demande initiale de l'hôpital qui voulait l'empêcher totalement de voir sa mère. Voir aussi *Langleben CS*, préc., note 43, par. 113:

Enfin, délivrer une telle ordonnance imposerait aux défendeurs Langleben un fardeau sans commune mesure avec le peu de bénéfice qu'en retireraient le Syndicat et les autres copropriétaires. Devant une telle situation, le tribunal est en droit d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser cette demande d'injonction parce qu'inopportune dans les circonstances.

⁶⁵ Les auteurs P.-A. Gendreau *et al.* en font brièvement mention dans leur livre *L'injonction*, préc., note 17, p. 105. Également, très rapidement, Denis FERLAND et Benoît ÉMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, 4^e éd., vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 444. Gervais, toutefois, l'omet complètement: Céline GERVAIS, *L'injonction*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.

débatte. Longtemps après son introduction, les juges n'arrivent toujours pas à s'entendre sur sa légitimité en droit québécois.

Raisonné avec un concept d'une autre tradition juridique serait-il la bête noire des juges québécois? On peut difficilement soutenir une telle idée. Le droit québécois regorge d'emprunts à la common law et il suffit de regarder des concepts comme la fiducie pour voir que le droit civil doit constamment examiner des questions dont les racines proviennent du droit anglais. Rien ne suggère donc que les juges québécois soient inaptes à rendre des jugements réfléchis sur des concepts de common law. Ainsi, depuis 1987, différents juges en sont venus à reconnaître⁶⁶ ou rejeter⁶⁷ la doctrine du *hardship* en droit québécois dans leurs décisions. Dans la majorité des cas, les juges acceptent ou refusent la règle d'emblée avant de poursuivre leur analyse⁶⁸. En 2006 encore, dans l'affaire *Manuel Lazar Inc. v. Kaspo Foods Inc.*, le juge Guthrie de la Cour supérieure refusait d'admettre le «*economic hardship*» au sein du droit québécois dans les cas d'exécution en nature⁶⁹. Quoique les décisions plus récentes mentionnant la doctrine du *hardship* semblent généralement plus favorables à cette règle en droit civil⁷⁰, dans la majorité d'entre elles, celle-ci n'a pas d'effet majeur sur leur dénouement.

Il convient de nous attarder sur l'une de ces affaires récentes: *Syndicat des copropriétaires du Sir George Simpson c. Langleben*⁷¹, dans laquelle la doctrine du *hardship* a été employée en première instance pour justifier le refus d'octroyer une injonction permanente. Dans cette affaire, les Langleben, propriétaires d'une partie d'un immeuble résidentiel, avaient loué une partie privative de leur logement à un tiers à l'encontre de la déclaration de copropriété. Outre sa demande d'exécution en nature visant ultimement à

⁶⁶ Voir par ex. *United Airlines c. Cooperstock*, 2016 QCCS 4645 [*United Airlines*]; *Location d'équipement Jalon Simplex Ltée c. Location Trois-Rivières*, (24 novembre 2005), Montréal, 500-05-073362-020; *Lord Bishop of Quebec c. Carrefour Unité Inc.*, (24 novembre 1997), Gaspé, 115-05-000063-961 (C.S.).

⁶⁷ Voir par ex. *Manuel Lazar*, préc., note 9, par. 10.

⁶⁸ Il convient d'ajouter que lorsqu'ils prennent position sur le *hardship* les juges laissent très peu d'indices quant aux raisons qui les incitent à reconnaître ou rejeter cette règle en droit québécois.

⁶⁹ *Manuel Lazar*, préc., note 9, par. 10.

⁷⁰ Voir *Langleben CS*, préc., note 43; *Goulet c. Lachance*, (17 novembre 2010), Québec, 200-17-011635-091; *United Airlines*, préc., note 66; *Kogan-Duskes c. Atri*, 2008 QCCS 2805; *Poulin*, préc., note 59.

⁷¹ Voir *Langleben CS*, préc., note 43; *Langleben CA*, préc., note 43.

expulser le tiers, que la cour a refusée, le Syndicat demandait également une injonction permanente visant à empêcher les Langleben d'accueillir le tiers dans leur logement, même sans que ce dernier soit locataire. Sur cette question, la Cour a jugé non seulement que d'accorder l'injonction irait à l'encontre des droits civils des Langleben, mais également que l'injonction « imposerait un fardeau sans commune mesure avec le peu de bénéfice qu'en retireraient le Syndicat et les autres copropriétaires » et qu'il lui était donc légitime d'employer sa discrétion pour refuser d'accorder l'injonction⁷². Cette décision a été renversée subséquemment par la Cour d'appel, cette dernière étant d'avis, contrairement au juge de première instance, que le tiers avait signé l'un des baux en connaissance des règles particulières de la déclaration de copropriété, ses règles lui étant donc opposables⁷³. Le jugement de première instance demeure néanmoins d'intérêt puisque la conclusion divergente de la Cour d'appel est due essentiellement à l'inclusion de faits additionnels conséquents durant l'appel (le tiers était au courant qu'il contrevenait à la déclaration de copropriété). Qui plus est, la décision d'appel ne récuse pas l'exégèse sur le *hardship* offerte par le juge de première instance. Ainsi, le jugement de première instance peut encore être lu avec intérêt pour comprendre la relation qu'entretient le droit québécois avec cette doctrine.

À cet égard, il demeure toutefois important de rappeler, comme le souligne notre revue de la jurisprudence plus haut, que le *hardship* a toujours eu une portée limitée en droit québécois. À notre connaissance, le jugement de la Cour supérieure dans l'affaire *Langleben* est l'un des deux seuls en droit québécois où la doctrine anglaise du *hardship* aurait mené à la limitation ou au refus d'une injonction mandatoire⁷⁴. Pour ce qui est de l'exécution en nature, toutefois, cela ne nous avance pas beaucoup. En effet, aucun de ces deux arrêts ne porte sur ce remède précisément, mais seulement sur l'injonction, c'est-à-dire son véhicule procédural privilégié. L'injonction mandatoire permanente n'est toutefois pas synonyme d'exécution en nature, toutefois, et peut être accordée à d'autres fins. De plus, contrairement au droit anglais, qui conçoit l'exécution en nature et l'injonction comme une seule ramification de l'*equity*, en droit civil québé-

⁷² Voir *Langleben CS, id.*, par. 113.

⁷³ Voir *Langleben CA, préc.*, note 43.

⁷⁴ L'autre étant *Centre hospitalier, préc.*, note 64. Notons que cette décision porte sur l'octroi d'une injonction mandatoire, mais pas dans le but de faire exécuter une obligation contractuelle.

cois, les deux concepts sont indépendants l'un de l'autre⁷⁵. Ainsi, alors que la jurisprudence sur l'injonction que nous venons de délinéer nous éclaire sur le droit relatif à l'injonction, nous ne sommes pas plus sages concernant le droit substantiel qui entoure l'exécution en nature.

On pourrait bien sûr raisonner que les circonstances exceptionnelles qui justifieraient le refus d'un droit à l'exécution en nature en raison du résultat excessivement onéreux ou déraisonnable qu'il imposerait sur un débiteur ne se sont pas encore présentées. Or, si les juges québécois tendent rarement à employer le *hardship* dans le contexte des injonctions permanentes en général, il serait surprenant que l'un d'eux vienne à l'employer pour refuser d'accorder l'exécution forcée en nature d'une obligation. En effet, le *hardship* semble encore trop débattu dans la jurisprudence pour favoriser un tel dénouement.

De manière encore plus significative, en théorie, le *hardship* se heurte fortement à l'enracinement contemporain de l'exécution en nature comme l'une des principales sanctions de l'inexécution des obligations en droit québécois. Tout d'abord, ne représentant ni plus ni moins qu'une transplantation juridique, le *hardship* constitue une défense d'*equity* en droit anglais dont le droit civil ne possède pas de réel équivalent. De surcroît, son application ne peut logiquement se faire comme dans sa tradition d'origine puisqu'elle suppose, entre autres, que l'injonction pour *specific performance* est un recours discrétionnaire et exceptionnel, et qu'elle ne peut être accordée que lorsque les recours de common law sont inadéquats dans les circonstances. Ces principes contredisent clairement le droit civil, qui considère qu'un créancier peut demander l'exécution forcée en nature aussi bien que d'autres sanctions de l'inexécution de l'obligation⁷⁶.

Ainsi, en droit civil québécois, l'exécution en nature vit selon deux ensembles de principes, le remède suivant des principes civilistes et son véhicule, des principes de droit anglais. Cela crée une dissonance juridique qui risque d'obvier le raisonnement de la cour. En effet, plutôt que de procéder à un seul raisonnement, comme en droit anglais où le remède et son véhicule procédural ne font qu'un, la cour doit occasionnellement considérer à la fois la crédibilité du droit à l'exécution en nature et celle de

⁷⁵ Voir J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 33, n° 732; *Langleben CS*, préc., note 43, par. 82.

⁷⁶ Voir l'art. 1591 C.c.Q.

l'injonction. Bref, la doctrine du *hardship*, en plus de son application limitée, sinon douteuse, présente des lacunes et des complications théoriques en droit civil québécois. Après trente ans de tergiversations, on peut difficilement affirmer que cette doctrine a atteint quelque réelle assise en droit québécois. Pour les raisons ci-haut et celles que nous défendrons au cours des pages suivantes, cette règle devrait donc être délaissée dans le contexte de l'exécution en nature au profit de la bonne foi et les cours devraient plutôt opter pour la bonne foi comme norme de contrôle dans le cas où l'exécution forcée en nature serait excessivement onéreuse ou déraisonnable.

II. La bonne foi comme limite à l'exécution en nature

Les principes civilistes peuvent combler les lacunes du *hardship* et offrir une meilleure réponse dans les cas où l'exécution forcée en nature serait excessivement onéreuse ou déraisonnable. Ainsi, nous argumentons dans cette partie que la bonne foi, un principe bien ancré dans le droit civil contemporain, peut naturellement s'étendre afin de réguler les situations où l'exécution forcée en nature serait excessivement onéreuse ou déraisonnable. Premièrement, employer la bonne foi comme méthode s'inscrirait parfaitement dans la moralité contractuelle contemporaine du droit québécois et constituerait une évolution concordante avec les principes du nouveau Code civil. Deuxièmement, la bonne foi (et plus particulièrement son corollaire, l'abus de droit) servirait ainsi une fonction similaire à la doctrine du *hardship*, et offrirait une solution aux problèmes théoriques que cette doctrine vient causer tout en offrant une méthodologie véritablement civiliste pour limiter l'exécution en nature dans les cas où l'exécution forcée serait excessivement onéreuse ou déraisonnable pour un débiteur⁷⁷. Troisièmement, une telle évolution, tout en étant parfaitement cohérente avec les principes du droit civil, refléterait une évolution jurisprudentielle similaire survenue dans d'autres systèmes juridiques de tradition civiliste, notamment en Belgique.

⁷⁷ Voir C. GERVAIS, préc., note 65, p. 31 ; P.-A. Gendreau *et al.*, préc., note 17, p. 105.

A. L'évolution de la bonne foi en droit civil québécois : de formalisme à justice contractuelle

La bonne foi telle qu'on la connaît aujourd'hui s'inscrit dans un élan des cours et du législateur de reconnaître l'évolution particulière du contrat à la fois comme instrument charnière de l'économie contemporaine et comme outil juridique devant désormais faire face non seulement à l'incertitude et les changements de circonstances, mais également à l'automatisation des relations contractuelles accentuée par les contrats-types⁷⁸. Dans les contrats à long terme, les parties ne s'entendent souvent que sur quelques éléments essentiels sans accorder d'importante considération quant à l'avenir, reconnaître une certaine flexibilité aux obligations afin qu'elles soient exécutées en concordance avec l'idée contemporaine de *justice contractuelle* peut devenir capital. Comme nous l'avons affirmé plus haut, cette idée cherche à prévenir les abus, infuser le droit d'une conscience accrue des situations d'iniquité et faire la promotion du raisonnable tout en permettant la poursuite des intérêts respectifs des contractants⁷⁹. En accord avec cette nouvelle réalité, l'équité, dont on tient les principes de bonne foi, a subi de nombreuses évolutions au fil du temps, menant à l'assouplissement progressif du dogme de l'autonomie de la volonté.

Il convient d'énoncer, tout d'abord, que les notions d'équité et de bonne foi si présentes et si chères aujourd'hui dans notre droit civil n'étaient probablement pas envisagées par le législateur lorsqu'il édicta le *Code civil du Bas Canada* en 1866. À cette époque, suivant le *Code civil français*, elles n'étaient qu'un « thème transversal » du Code pour reprendre la formule de Brierley et Macdonald⁸⁰. Le législateur adhérait plus que tout au libéralisme économique et à l'autonomie de la volonté⁸¹ et toute idée d'équité se voyait rapidement supplantée par la rigidité du Code, dont le but était

⁷⁸ Voir David ANGUS, « Abuse of Rights in Contractual Matters in the Province of Quebec », (1961-1962) 8-2 *R.D. McGill* 150, 157 ; D. PICOTTE, préc., note 8, à la p. 403 ; Louise ROLLAND, « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », (2006) 47-1 *C. de D.* 13, 29.

⁷⁹ Voir Paul-André CRÉPEAU et Élise CHARPENTIER, *Les Principes UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 39 et suiv.

⁸⁰ John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993, p. 38 et suiv.

⁸¹ Pierre-Gabriel JOBIN, « L'équité en droit des contrats », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse : enquête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 473, à la p. 480.

d'assurer la stabilité du contrat⁸². Le libéralisme économique descendu des Lumières postule que les individus sont libres et égaux : cela signifie nécessairement que chaque personne a le contrôle de ses actions et est apte à s'engager volontairement envers une autre personne. La force obligatoire du contrat provient donc du fait que les conventions sont librement contractées par des parties qui ont le pouvoir de définir le contenu et la portée de leurs obligations respectives, d'où la célèbre formule de Fouillée « qui dit contractuel dit juste »⁸³.

Après quelques décennies où la force obligatoire du contrat caractérisa l'entièreté du droit des obligations, le législateur a commencé à étioiler cette idée, conscient des réalités économiques auxquelles les contractants se voyaient confrontés par la rigueur de son principe. En 1964, la stabilité contractuelle promue par le législateur en 1866 reçut un grand coup de massue avec l'ajout au Code civil d'une section intitulée « De l'équité dans certains contrats ». Cette section ajoutait différentes mesures, dont l'imposition de conditions de réalisation de certaines sûretés réelles et la révision d'un prêt d'argent pour lésion⁸⁴. Pour la première fois, l'équité avait une véritable place au sein du Code civil. Quelques années plus tard, en 1971, le législateur édicta (puis enrichit considérablement en 1978) la *Loi sur la protection du consommateur*, reconnaissant la nature particulière des relations entre consommateurs et entreprises comme étant caractérisée par une disproportion des forces des parties et justifiant ainsi l'édification de certains remparts contre la liberté contractuelle⁸⁵. Cette reconnaissance du fait que la plupart des relations contractuelles contemporaines ne sont pas établies sur un pied d'égalité, fracassant l'idée qu'une personne aurait toujours librement consenti à une obligation, malgré le désavantage qu'elle lui occasionne, a grandement contribué à justifier les mesures législatives permettant l'intervention des tribunaux dans les relations contractuelles⁸⁶.

Au vu de l'obsolescence que prenait l'autonomie de la volonté absolue du Code de 1866 et de la prévalence des contrats types ou d'adhésion dans

⁸² *Id.*, à la p. 481.

⁸³ Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2004, p. 17 et suiv.; D. PICOTTE, préc., note 8, à la p. 390.

⁸⁴ Art. 1040 C.c.B.C. À noter que le législateur n'établissait pas, par cette disposition, une théorie générale de la lésion.

⁸⁵ Voir J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 33, n^o 129; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 83, n^o 17 et suiv.

⁸⁶ Voir D. PICOTTE, préc., note 8, à la p. 404.

les relations commerciales, les mesures législatives d'équité susmentionnées étaient vues comme un mandat exprès du législateur d'assurer une justice contractuelle. Ce nouvel élan vers l'équité s'inscrivait, de plus, dans une mouvance de la doctrine juridique en faveur de la reconnaissance d'une certaine moralité en droit des affaires⁸⁷. Notons par exemple les propos de la juge Beverley McLachlin de la Cour suprême à ce sujet :

If anything is new, it is the more widespread recognition that the law is taking a moral stand whatever side it comes down on. But perhaps even this is not so new. It has long been recognized that the law cannot be divorced from morality. Commercial law, as much as any other law depends for its validity, in the final analysis, on its conformity with the moral precepts of our society.⁸⁸

Il fallut du temps avant que les tribunaux québécois acceptent d'infléchir leur jurisprudence. En effet, jusque dans les années 1980, la jurisprudence s'est caractérisée surtout par son conservatisme. Les juges étaient réticents à affaiblir les rapports contractuels en exerçant leur pouvoir de contrôle sur des conventions librement contractées, en accord avec la théorie de l'autonomie de la volonté et la recherche de stabilité des contrats⁸⁹. Ils désiraient aussi éviter d'encombrer le système judiciaire avec une myriade de recours en rescision, en annulation ou en nullité⁹⁰. L'arrêt *Banque Nationale c. Soucisse* de la Cour suprême a toutefois brisé cette tendance en reconnaissant en droit privé des obligations implicites découlant de l'équité. Notamment, la Cour a interprété l'article 1024 du *Code civil du Bas Canada*, qui affirmait que « [l]es obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi », pour y inclure une obligation implicite d'exécuter la convention de bonne foi en vertu de

⁸⁷ *Id.*, aux p. 406 et suiv. Voir aussi Charles FRIED, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligations*, Cambridge, Harvard University Press, 1981; B. M. McLACHLIN, préc., note 8, 327; Wolfgang FRIEDMANN, « Quelques réflexions sur l'état de la philosophie du droit contemporain », dans *Archives de philosophie du droit*, t. 15, Paris, Sirey, 1970, p. 197, à la p. 202; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. 11, « Les Obligations – le contrat », Paris, L.G.D.J., 1980, n° 114.

⁸⁸ B. M. McLACHLIN, *id.*

⁸⁹ Voir par ex. *Restaurants La Nouvelle-Orléans c. Roynat Ltd*, [1978] 1 R.C.S. 969, où la Cour refuse de réviser un contrat pour lésion sous l'art. 1040c du C.c.B.C. appliquant ainsi aux faits une interprétation très étroite de cet article; Voir également P.-G. JOBIN, préc., note 81, à la p. 485.

⁹⁰ Voir J.-L. BAUDOIN, préc., note 8, aux p. 30 et suiv.; D. PICOTTE, préc., note 8, à la p. 391.

l'équité⁹¹. La reconnaissance de l'obligation de bonne foi est un événement majeur du droit québécois. Elle se rattache à un héritage civiliste immense laissé par le droit romain⁹² et les écrits des grands auteurs du droit civil comme Pothier⁹³. Cette notion protéiforme vient désormais supporter l'équité dans la quête de justice contractuelle. C'est comme excroissance de cette notion que la Cour suprême a reconnu l'abus de droit en droit civil québécois dans l'arrêt *Houle c. Banque Canadienne Nationale*⁹⁴. D'autres arrêts rendus par après sont venus supporter l'inclusion de la bonne foi en droit québécois⁹⁵. Lors de la réforme du Code civil dans les années 1990, le Code reprit tous les régimes d'équité du *Code civil du Bas Canada* en y rajoutant les acquis jurisprudentiels⁹⁶.

Ainsi, l'interférence avec l'autonomie de la volonté trouve désormais justification dans les pratiques commerciales contemporaines. Malgré la consécration de l'idée de justice contractuelle en droit québécois, la théorie classique est loin d'être abandonnée – il est plus juste de dire qu'elle a été nuancée. Ainsi, l'autonomie de la volonté demeure la notion fondamentale du droit québécois des contrats, ses effets pouvant toutefois être mitigés par la justice contractuelle. Enchâsser cette dernière est d'ailleurs l'objectif qu'a poursuivi le législateur dans sa réforme du Code civil : réaffirmer, d'une part, les principes fondamentaux du contrat et les régimes d'équité du *Code civil du Bas Canada* tout en infusant le Code d'une nouvelle moralité contractuelle permettant à chaque partie contractante de poursuivre ses intérêts en assurant la stabilité des conventions et, d'autre part, éviter que le contrat devienne un outil d'exploitation d'un contractant par l'autre⁹⁷.

⁹¹ *Banque Nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

⁹² Voir Michelle CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparé des nullités contractuelles*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002 (dir. Jean-Louis Baudouin).

⁹³ Robert Joseph POTHIER, *Œuvres de Pothier: annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, 2^e éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861.

⁹⁴ Voir la note 16.

⁹⁵ Voir par ex. *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554; *Provigo Distribution inc. et Supermarché ARG inc.*, 1997 CanLII 7431 (QC C.A.).

⁹⁶ Voir en particulier l'art. 1375 C.c.Q.: « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». Voir aussi J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 33, n° 130.

⁹⁷ Voir J.-L. BAUDOUIN, préc., note 8, à la p. 33; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 83, n° 17 et suiv.

L'équité maintenant reconnue dans le Code civil vise donc à corriger « soit un déséquilibre des valeurs échangées en vertu du contrat, soit l'aspect indu ou préjudiciable du fardeau supporté par une partie »⁹⁸. Malgré leur importance en droit des obligations, l'équité et la bonne foi ne sont toutefois pas définies dans le Code⁹⁹. Ces notions dites « floues » profitent alors d'une grande souplesse et sont ainsi parfaitement habilitées à servir l'idéal de justice contractuelle promulgué par le législateur¹⁰⁰. Elles font ainsi appel « à la conscience du juge, au contenu imprécis et évolutif [du droit] » et s'apprécient au regard des valeurs sociales à un moment donné¹⁰¹.

La doctrine reconnaît généralement quatre fonctions à la bonne foi : interprétative, complétive, adaptative et limitative¹⁰². La fonction interprétative de la bonne foi demande de faire prévaloir l'esprit du contrat sur la lettre¹⁰³. Le but de cette fonction est de retracer la commune intention des parties lors de l'interprétation du contrat¹⁰⁴. Elle suppose ainsi une force obligatoire au contrat et supporte le respect de la parole donnée. Elle conçoit, de plus, que le contrat est un acte de prévision de parties, qui cherchent l'atteinte d'un intérêt spécifique. La fonction complétive de la bonne foi définit les obligations implicites issues du contrat par sa nature, l'équité, l'usage ou la loi¹⁰⁵. Elle avance ainsi la protection des intérêts respectifs du contrat, lui permettant d'en tirer sa pleine utilité¹⁰⁶. Si les individus contractent généralement afin d'obtenir le meilleur gain au plus faible coût, cette fonction de la bonne foi nous incombe donc d'agir honnêtement et

⁹⁸ François HÉLEINE, « Le droit des obligations », dans Gil RÉMILLARD (dir.), *Le nouveau Code civil du Québec : un bilan*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 28, à la p. 28.

⁹⁹ Voir les art. 6, 7 et 1375 C.c.Q. établissant une obligation d'agir suivant la bonne foi, et l'art. 1434 C.c.Q., héritier de l'art. 1024 C.c.B.C. affirmant que « le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi ».

¹⁰⁰ Voir V. FORTIER, préc., note 14.

¹⁰¹ Voir M.-A. GRÉGOIRE, préc., note 21, p. 175.

¹⁰² Voir Brigitte LEFEBVRE, « La bonne foi : notion protéiforme », (1996) 26 *R.D.U.S.* 321 ; *Id.*, p. 195 et suiv.

¹⁰³ Voir B. LEFEBVRE, préc., note 14, p. 61 et 62.

¹⁰⁴ Voir B. LEFEBVRE, préc., note 102, 342.

¹⁰⁵ Art. 1434 C.c.Q.

¹⁰⁶ M.-A. GRÉGOIRE, préc., note 21, p. 184 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 83, n° 17.3 ; J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 33, n° 160.

d'éviter les comportements malveillants qui empêcheraient un cocontractant de retirer le bénéfice attendu du contrat¹⁰⁷. La fonction adaptative de la bonne foi permet au juge de rétablir l'équilibre contractuel bafoué¹⁰⁸. Elle permet ainsi au juge de prendre action pour rééquilibrer le contrat dans certaines circonstances où l'obligation est devenue excessivement onéreuse ou déraisonnable en raison d'un changement de circonstances imprévisible. C'est la théorie de l'imprévision, non reconnue en droit québécois¹⁰⁹. Cette fonction se fonde sur l'autonomie de la volonté et sur son postulat selon lequel la force obligatoire du contrat naît du libre consentement d'une partie à s'obliger envers une autre, présumément parce que l'équilibre contractuel lui est convenable¹¹⁰.

Enfin, la fonction limitative « consiste à poser des limites à l'exercice d'un droit lorsqu'un tel exercice irait à l'encontre des exigences de la bonne foi et constituerait un abus de droit »¹¹¹. Pour les fins de notre étude, c'est cette fonction qui nous intéresse le plus. L'abus de droit existe depuis longtemps en droit québécois; or son champ d'application avant 1991 était beaucoup plus restreint¹¹². Originellement, il devait être interprété de manière subjective, c'est-à-dire qu'il était permis d'user de ses droits de manière objectivement déraisonnable tant que cela respectait la lettre du contrat¹¹³. Était donc sanctionnée seulement la partie qui usait de ses droits avec mauvaise foi – dans l'intention de nuire à autrui. La doctrine s'est progressivement assouplie et a délaissé l'idée des droits absolus jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, en sonne le glas et vienne limiter l'exercice des droits à leur exercice raisonnable¹¹⁴. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que la Banque avait abusé de ses droits en rappelant un prêt à demande et en ne laissant que quelques heures au débiteur avant de saisir ses actifs en garantie. Ainsi, même si la Banque n'a fait qu'exercer son droit en vertu du contrat, elle l'a fait contrairement à l'exercice raisonnable de ce droit. La preuve de malice n'était

¹⁰⁷ Voir François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 2013, n° 440; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *id.*, n° 160-1.

¹⁰⁸ Voir M.-A. GRÉGOIRE, *préc.*, note 21, p. 236 et suiv.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ Voir J. BÉDARD, *préc.*, note 32, 780 et suiv.

¹¹¹ Voir B. LEFEBVRE, *préc.*, note 102, 346.

¹¹² Voir D. ANGUS, *préc.*, note 78.

¹¹³ *Id.*, 154.

¹¹⁴ Voir la note 16. *Houle*, 150 et suiv.; Voir aussi D. ANGUS, *id.*, 157.

donc pas nécessaire pour que les actes de la banque soient excessifs. En effet, la Cour affirme :

Celui qui, prétendant exercer les prérogatives que la loi lui confère, n'agit pas comme le ferait un individu normalement prudent et raisonnable, commet une faute que l'on qualifiera d'abus. Cette faute peut être intentionnelle ou non. Ce qui compte est la comparaison, faite dans l'abstrait, avec le comportement idéal d'un sujet qui exerce son droit d'une façon normale.¹¹⁵

C'est donc de la bonne foi objective que surgit l'abus de droit. Une partie pourrait faire preuve de bonne foi subjective et croire honnêtement qu'elle exerce ses droits avec une probité suffisante. Or, c'est sur la base de la norme de la personne prudente et diligente que les actes d'une partie sont jugés. Conséquemment, les droits absolus n'existent plus au Québec¹¹⁶. Ils s'apprécient toujours au regard des « normes de comportement généralement acceptables ou admises en société »¹¹⁷. Cette évolution jurisprudentielle a été ajoutée au *Code civil du Québec* dans l'un de ses premiers articles¹¹⁸.

Toutes les fonctions décrites ci-haut permettent la modulation des comportements des parties dans les relations contractuelles. Comme on a pu le constater, les trois premières fonctions de la bonne foi sont non seulement concordantes avec les principes de l'autonomie de la volonté et du respect de la parole donnée, mais plus encore, elles supportent au moins un desdits principes si ce n'est les deux. La dernière fonction, soit la fonction limitative, favorise certains comportements des parties à une relation contractuelle en favorisant la poursuite d'une certaine raison et de l'équité dans les contrats. Ces normes, étant plus que des obligations, constituent une véritable morale des contrats. Au XVIII^e siècle, Domat écrivait sur la bonne foi :

Il n'y a aucune espèce de convention où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander, tant en

¹¹⁵ Houle, préc., note 16, 151.

¹¹⁶ Voir D. ANGUS, préc., note 78, 158.

¹¹⁷ J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 33, n° 157.

¹¹⁸ Art. 7 C.c.Q. : «Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi».

la manière de s'exprimer dans la convention, que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toutes les suites.¹¹⁹

Malgré son interférence au sein des principes de l'autonomie de la volonté et du respect de la parole donnée qui pourrait être vue comme une atteinte à la stabilité du contrat, la bonne foi, en réalité, renforce les principes fondamentaux et vient ainsi protéger la stabilité des contrats. Les différents comportements qu'elle prescrit rendent ainsi naturelle son extension aux principes de l'exécution en nature et militent en faveur de son application. De plus, comme l'indique le libellé de l'article 1375 du *Code civil du Québec*, « [l]a bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». On doit comprendre de cette disposition que la bonne foi sous-tend l'entièreté de l'exercice contractuel. Tant que le contrat existe, et même à son extinction, la bonne foi est due d'une partie à une autre. Ainsi, malgré la tournure fâcheuse que peut avoir prise une relation où une partie refuse de s'acquitter de son obligation, même si la cour doit en forcer l'exécution en l'appuyant sur la crainte de l'outrage au tribunal, cette bonne foi devrait normalement toujours être due entre les parties et conduire leurs actes respectifs. La bonne foi ainsi que l'abus de droit devraient donc naturellement s'appliquer à l'exécution en nature.

B. L'abus de droit comme solution au *hardship*

Comme nous l'avons vu, la transplantation qu'a subie l'injonction en droit québécois a causé une séparation juridique entre le véhicule procédural et le droit substantiel. Pratiquement, cela signifie que lorsque le droit à l'exécution en nature est établi et qu'aucune des quatre limites jurisprudentielles ne s'applique, il revient au raisonnement de l'injonction de stopper l'assentiment de la cour à ce droit. C'est ainsi que la doctrine du *hardship* en common law est apparue dans certains jugements. Comme on l'a vu, toutefois, cette règle a eu peu de succès jusqu'à présent en droit québécois.

La règle de l'abus de droit et celle du *hardship* sont très similaires. L'arrêt *Brasserie Labatt* établit que « [l]a “balance of hardship” est applicable lorsque le préjudice qui découle de l'injonction est oppressif et déraison-

¹¹⁹ Jean DOMAT, « Les lois civiles dans leur ordre naturel », dans *Œuvres complètes de J. Domat*, Paris, J. B. Roret, 1828, p. 138.

nable»¹²⁰. De même, l'arrêt *Houle* affirme que « celui qui, prétendant exercer les prérogatives que la loi lui confère, n'agit pas comme le ferait un individu normalement prudent et raisonnable, commet une faute que l'on qualifiera d'abus » (nos soulignements)¹²¹. La règle de l'abus de droit à l'article 7 du *Code civil du Québec* souligne encore plus cette similitude : « Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi ». Les deux règles viennent ainsi traiter du même type de situation.

Il faut toutefois noter une différence entre les deux. Alors que l'abus de droit, tributaire de la bonne foi, se penche sur toutes les circonstances de l'affaire en cause, le *hardship* ne se concentre que sur les conséquences qu'aurait l'injonction sur le débiteur¹²². Ces conséquences doivent être « extrêmes et sévères » pour le débiteur pour que le juge refuse d'accorder ce moyen¹²³. Par exemple, dans l'arrêt britannique *Patel v. Ali*, le demandeur cherchait un ordre d'exécution en nature pour que la défenderesse qui, quelques années plus tôt avait contracté avec lui pour lui vendre sa maison, exécute son obligation et procède à la passation des titres de propriété. Or, dans les années suivant la signature du contrat, la défenderesse avait développé un cancer la laissant amputée d'une jambe et conséquemment très dépendante de l'aide de ses voisins pour subvenir à ses besoins. Alors que dans ce type de cas, l'exécution en nature est normalement accordée, le juge Goulding a déterminé dans cette affaire que si cette règle était suivie, la défenderesse subirait un préjudice excessif. Les circonstances de la défenderesse satisfaisaient le barème des circonstances « extraordinaires et persuasives » menant au refus de l'exécution en nature¹²⁴.

Comparativement, l'abus de droit est en théorie plus libéral d'application. En effet, s'appuyant sur la notion de la « personne prudente et diligente » pour déterminer son infraction, elle demande que l'on regarde l'usage qui est fait du droit et qu'y soient opposés les intentions derrière son usage et le comportement qu'aurait une personne raisonnable¹²⁵. Cette application tient ainsi compte de la mauvaise foi du créancier en plus de

¹²⁰ *Brasserie Labatt*, préc., note 9, par. 40.

¹²¹ *Houle*, préc., note 16, 150.

¹²² Jeffrey BERRYMAN, *The Law of Equitable Remedies*, Toronto, Irwin Law, 2000, p. 215 et suiv.

¹²³ *Id.*

¹²⁴ *Patel*, préc., note 6, 982 (notre traduction).

¹²⁵ Voir *Houle*, préc., note 16.

l'usage qu'il fait de son droit. *Prima facie*, l'abus de droit semble donc avoir une portée plus large que le *hardship* et pourrait s'appliquer plus souvent pour limiter l'exécution en nature. Pour cette raison, certains seraient peut-être réfractaires à l'adoption de cette idée par les tribunaux, craignant que l'expansion de cette doctrine mène à une limitation immodérée de l'exécution en nature comme remède contractuel grandement utile au créancier. À notre avis, il n'y a pas lieu d'entretenir ces craintes. En réalité, les cours ont souvent tendu vers un exercice prudent de cette notion en sanctionnant des « gestes graves et précis » plutôt que « tout comportement imprudent ou discutable du créancier »¹²⁶. Également, les tribunaux ont tendance à sanctionner seulement les gestes clairement en dehors de la probité généralement acceptée et à donner le bénéfice du doute au créancier dont les comportements sont discutables mais justifiés par le fait qu'un contractant protège avant tout ses intérêts¹²⁷. En ce sens, certains auteurs établissent une nuance entre les notions de comportement contraire aux exigences de la bonne foi et de comportement proprement abusif¹²⁸. Les auteurs Lluelles et Moore affirment même qu'il faut plus que le simple manquement à la norme de conduite d'une personne prudente et diligente pour qu'il y ait un abus de droit¹²⁹.

En somme, l'application limitée que reçoit l'abus de droit illustre de nouveau la prudence des juges dans l'usage de leur discrétion. On peut y voir la recherche d'un véritable équilibre entre la justice contractuelle et la poursuite des intérêts respectifs des contractants. De manière encore plus importante, cela nous montre que s'il faut que l'usage d'un droit soit « clairement » abusif afin que celui-ci puisse constituer un abus de droit et pas simplement un manquement à une obligation de loyauté ou de coopération¹³⁰, on peut aisément conclure que ce diamètre d'application équivaut celui du *hardship* de common law s'il ne le dépasse pas. De surcroît, l'abus de droit s'exerce clairement avec un respect persistant pour l'auto-

¹²⁶ D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 22, n° 2014; *Pétroles Farand inc c. Ultramar Canada inc*, JE 96-454.

¹²⁷ Voir par ex. *Robert Carrier inc c. Transamerica Vie Canada*, 2009 QCCS 4448, par. 55 [*Robert Carrier*]; *Hôpital Maisonneuve-Rosemont c. Buesco Constructions*, 2016 QCCA 739, par. 142 [*Buesco*];

¹²⁸ Voir Vincent KARIM, *Les obligations*, 4^e éd., vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, n° 299 et 300; D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 22, n° 1987.

¹²⁹ D. LUELLES et B. MOORE, *id.*, n° 1978.

¹³⁰ *Id.*

nomie de la volonté en droit québécois¹³¹. Le contrat demeurant un acte égocentrique, un contractant ne peut être vu comme abusant ses droits s'il protège ses intérêts, dans la mesure toutefois où cela ne se fait pas nettement à l'opposé de la moralité contractuelle socialement acceptée. Cette acception de l'abus de droit serait donc bien adaptée à l'exercice que nous lui proposons en tant que limite de l'exécution en nature. Ainsi, en plus d'appartenir philosophiquement au droit civil, l'abus de droit bénéficie d'un traitement foisonnant dans la doctrine et la jurisprudence québécoises. Il n'y a donc aucun doute que cette théorie serait beaucoup mieux reçue par les juges que l'a été le *hardship*.

C. L'abus de droit comme l'imate de l'exécution en nature en droit belge – une piste d'application

Le droit belge offre un exemple intéressant d'un système juridique civiliste employant l'abus de droit pour limiter l'exécution forcée en nature lorsque celle-ci est excessivement onéreuse ou déraisonnable. La Belgique se rapproche du Québec en ce que son code civil n'édicte pas non plus de limite claire à l'exécution en nature dans ces cas-ci¹³². De plus, la stabilité des contrats a été et continue d'être un facteur important dans l'évolution récente du droit belge qui, tout en reconnaissant l'abus de droit, a confirmé à de multiples reprises en cassation que cette théorie ne pouvait être utilisée tous azimuts¹³³. Ainsi, on trouve une philosophie similaire des obligations dans les droits québécois et belges. Une brève étude de ce dernier

¹³¹ *Contra* Jean-Pascal CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants – Est-on allé trop loin ? », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 99; François DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », dans *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, t. 43, Paris, Dalloz, 1999, p. 259 (sur le solidarisme contractuel).

¹³² La Suisse et l'Allemagne ont également codifié des évolutions jurisprudentielles en ce sens. Voir Frédérique FERRAND, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997, n° 288 et suiv.; Christine CHAPPUIS, « L'intervention du tribunal dans le contrat. Convergence entre les Principes d'UNIDROIT et le droit suisse », dans *Liber Amicorum Claude Reymond. Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004, p. 53.

¹³³ Voir Cour de cassation (1^{re} chambre), 7 février 1994, (1994) Pasicrisie 150 (Belgique) (la Cour de cassation s'oppose à l'utilisation de la bonne foi afin de créer un devoir de renégocier); voir aussi Patrick WÉRY, *Droit des obligations*, 2^e éd., vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 114; Pierre VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 31.

illustre bien l'utilisation que peut recevoir l'abus de droit comme limite de l'exécution excessive ou déraisonnable.

L'abus de droit est reconnu comme limitant l'exécution en nature en Belgique depuis 1971¹³⁴. De plus, sa définition en droit belge se rapproche beaucoup de celle en droit québécois. Ainsi, dans son arrêt du 6 janvier 2011, la Cour de cassation résume la doctrine comme suit :

L'abus de droit consiste à exercer un droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente. Tel est le cas lorsque le préjudice causé est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit.¹³⁵

La notion d'« excès manifeste » qui a originellement causé des débats dans la doctrine est maintenant clarifiée par une série de critères de proportionnalité¹³⁶. L'abus de droit ainsi suppose que soit constaté au moins l'un des critères suivants :

1. L'exercice d'un droit avec l'intention de nuire au cocontractant ;
2. L'exercice d'un droit sans intérêt ou motif légitime causant ainsi à un tiers un préjudice que l'on aurait pu éviter¹³⁷ ;
3. Le choix, entre plusieurs manières d'exercer son droit, de la manière la plus dommageable pour autrui sans que ce choix soit justifié par un intérêt (ou par un intérêt suffisant) dans le chef du titulaire du droit¹³⁸ ;

¹³⁴ Voir Cour de cassation (1^{re} chambre), 10 septembre 1971, (1972), Pasicrisie 28 (Belgique) ; Cour de cassation (1^{re} chambre), 19 septembre 1983, 180410 (Belgique) [19 septembre 1983].

¹³⁵ Voir Cour de cassation (1^{re} chambre), 6 janvier 2011, (2011), Pasicrisie 44 (Belgique) [6 janvier 2011].

¹³⁶ Voir par ex. 6 janvier 2011, *id.*, 49 ; P. WÉRY, préc., note 133, n° 114 ; P. VAN OMMESLAGHE, préc., note 133. Bien que des auteurs incluent également le *rechtsverwerking*, c'est-à-dire, le fait qu'un titulaire d'un droit se prévale de celui-ci d'une manière inconciliable avec son exercice normal et contrairement à la confiance légitime de l'autre partie, comme possible critère d'abus de droit, cette théorie a une place douteuse en droit belge. La Cour de cassation n'a pas encore statué sur son rôle comme critère d'abus de droit, quoique dans son arrêt du 17 mai 1990, elle ait rejeté cette théorie comme limite en soi à l'exercice d'un droit.

¹³⁷ Voir Cour de Cassation (1^{re} chambre), 4 mars 2010, (2010), Pasicrisie 688 (Belgique) (abus de droit contractuel)

¹³⁸ Voir par ex. Cour de cassation (1^{re} chambre), 16 janvier 1986, (1986) Pasicrisie 602 (Belgique).

4. L'exercice d'un droit lorsque l'avantage que l'on en retire est hors de toute proportion avec le préjudice que l'on cause à autrui¹³⁹ ; ou
5. L'exercice d'un droit dans des conditions de nature à causer à la collectivité un dommage hors de toute proportion avec l'avantage recherché par le titulaire du droit.

Comme au Québec, l'exercice d'un droit de mauvaise foi ou l'absence d'un intérêt légitime constitue donc un abus de droit en Belgique (1^{er}, 2^e, et 3^e critères)¹⁴⁰. On pourrait également affirmer que la jurisprudence et la doctrine québécoise ont incorporé un succédané de l'idée d'« excès manifeste » en ne caractérisant d'abus que les cas où l'usage d'un droit est « clairement déraisonnable »¹⁴¹. Tout en reconnaissant que les différents critères de proportionnalité (3^e, 4^e et 5^e critères) n'ont pas fait l'objet de discussions similaires au Québec à notre connaissance, ceux-ci pourraient toutefois s'enraciner aisément dans le droit québécois et sa compréhension de l'abus de droit caractérisée par l'usage « clairement déraisonnable » d'un droit. Employer l'abus de droit comme limite à l'exécution forcée en nature excessivement onéreuse ou déraisonnable constituerait alors un glissement bien modeste.

On remarque rapidement que la règle ci-haut laisse beaucoup de place à l'interprétation du juge. Cela peut être bénéfique en ce qu'elle dissuaderait les usages cavaliers de la discrétion judiciaire pour refuser l'exécution en nature. Elle limiterait ainsi les interférences infondées avec la parole donnée. Néanmoins, cette approche laisse quelque peu insatisfait. Alors que vient le moment de tracer la frontière entre l'abus et l'exercice raisonnable d'un droit, même en employant les critères établis par le droit belge, les juges se retrouvent avec somme toute peu de barèmes clairs pour déterminer si l'usage d'un droit est hors de toute proportion, cette détermination demeurant très subjective. Toutefois, bien que l'abus de droit soit intrinsèquement impossible à parfaitement rationaliser, la doctrine a fait

¹³⁹ Voir par ex. 19 septembre 1983, préc., note 134 (abus de droit reconnu en matières contractuelles).

¹⁴⁰ *Subaru Auto Canada c. Caravane et Auto du Cap*, 1996 CanLII 6278 (QC C.A.) : un avis de fin du contrat du défendeur parvient au demandeur après la date stipulée par leur entente. Même si le demandeur savait auparavant que la fin du contrat serait demandée, le demandeur ne commettait pas d'abus en forçant la reprise du contrat, puisqu'il possédait un intérêt légitime au respect de la lettre du contrat ; Voir aussi *Robert Carrier*, préc., note 127.

¹⁴¹ D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 22, n° 2014.

des efforts louables de clarifier cette notion, et ainsi en limiter les ambiguïtés¹⁴².

On considère donc que l'usage d'un droit est manifestement déraisonnable si l'interprétation du juge comme telle ferait assurément consensus parmi les membres de la magistrature. En revanche, si l'exercice du droit tombe à l'intérieur d'une marge d'appréciation dans laquelle «des personnes également raisonnables peuvent avoir dans les mêmes conditions, des points de vue divergents ou différents», le juge ne pourrait intervenir¹⁴³. Cette dernière règle serait particulièrement applicable aux situations où l'abus de droit apparaît ambigu. Elle prescrirait ainsi d'accorder l'exécution en nature dans l'incertitude sur cette deuxième branche. La jurisprudence de la Cour de cassation belge offre plusieurs exemples pour illustrer ce barème élevé et son application à l'exécution en nature.

Dans son arrêt du 6 janvier 2011, la Cour de cassation refuse d'accorder l'exécution en nature sur la base de l'abus de droit à un locataire de centre commercial qui demandait que le centre continue d'encourir toutes les dépenses nécessaires à son opération normale nonobstant les rénovations obligatoires que celui-ci devait entamer et le fait que le locataire était le seul à insister sur l'exécution, les autres locataires ayant tous accepté de résilier leur bail moyennant une indemnité. La Cour, dans ce cas, a jugé manifeste que l'avantage recherché par le créancier était sans proportion avec le préjudice causé au débiteur. En effet, le créancier ne gagnait presque rien de l'exécution. Son bail allait prendre fin bientôt et la fréquentation du centre commercial baisserait nettement en raison des rénovations. En revanche, l'exécution aurait été extrêmement onéreuse pour le centre, qui aurait dû dépenser des sommes incalculables pour exploiter un seul commerce de 10 m². Ainsi, il fallait conclure qu'ordonner l'exécution serait déraisonnable et abusif dans ce cas.

Contrastons cet arrêt avec un cas plus ambigu, soit l'arrêt du 30 janvier 2003, où un locateur demandait l'exécution en nature d'un bail que le locataire voulait résilier moyennant une indemnité prélevée sur la garantie locative, afin de forcer ce dernier à occuper le logement jusqu'à la fin du

¹⁴² Voir Sophie STIJNS, «Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droit contractuel», (1990) *J.T.* 33; Paul-Alain FORTIERS, «Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle», (1994) *R.C.J.B.* 189.

¹⁴³ S. STIJNS, *id.*, 41.

bail dans trois ans. La Cour de cassation a conclu qu'exiger l'exécution dans ce cas ne saurait constituer un abus de droit du locateur, car aucun des critères susmentionnés de l'abus de droit ne s'appliquait clairement dans ce cas. Quoique muette sur son évaluation des critères dans sa décision, la Cour signifie qu'un intérêt légitime et des conséquences proportionnelles à l'avantage retiré accompagnaient la demande du locateur¹⁴⁴. Ainsi, la demande d'exécution en nature se faisait à l'intérieur de la marge d'appréciation de l'usage raisonnable des droits dans ce cas. Il est intéressant de noter une situation très similaire sur laquelle la Cour s'est penchée dans l'arrêt du 16 janvier 1986, mais avec un résultat totalement différent. Contrairement à sa décision dans l'arrêt du 30 janvier 2003, la Cour a jugé que, dans les circonstances, le créancier avait exercé son droit de la manière la plus dommageable possible en s'obstinant à poursuivre indéfiniment l'exécution en nature d'un bail devenu fictif alors qu'une résiliation non désavantageuse était proposée par le débiteur. De plus, l'avantage qu'il en retirait était nettement disproportionnel par rapport aux coûts occasionnés au débiteur, qui aurait dû garder le bail pendant encore six ans¹⁴⁵.

Ces deux décisions soulignent l'importance que prennent les circonstances particulières de chaque affaire dans la détermination de l'existence ou non d'un abus de droit. Les différents critères qui jalonnent cette théorie guident l'usage de la discrétion judiciaire en circonscrivant efficacement les situations qui admettent de l'abus et permettent au juge de balancer les intérêts en cause. En droit québécois, ces critères épouseraient bien les tendances jurisprudentielles relatives à l'exécution en nature. L'arrêt *Brasserie Labatt* connaîtrait ainsi probablement le même résultat que celui que lui a donné la Cour supérieure si on appliquait l'abus de droit : Labatt a un intérêt légitime à demander l'exécution en nature en tant que créancier et même s'il existe une quelconque disproportion entre l'avantage que retire Labatt et le préjudice que subit la ville de Montréal, on pourrait difficilement affirmer, à notre sens, que cette disproportion sort de la marge d'appréciation du raisonnable. De même, un autre arrêt notable, *Cie Construction Belcourt c. Golden Griddle Pancake House* – où un restaurant dans un centre commercial dont le contrat était assorti d'une clause d'opération continue est forcé de continuer son opération à perte – se verrait encore probablement ordonner l'exécution en nature. Dans cette situation, le

¹⁴⁴ Cour de cassation (1^{re} chambre), 30 janvier 2003, (2003) Pasicrisie 227 (Belgique).

¹⁴⁵ 16 janvier 1986, préc., note 138. Voir sur cet arrêt Sophie STIJNS, Dirk VAN GERVEN et Patrick WÉRY, « Chronique », (1996) *J.T.* 703, 737.

créancier a clairement un intérêt légitime à demander l'exécution en nature étant donné l'intérêt qu'il retire du commerce dans son centre commercial. Il faudrait donc, suivant la norme de proportionnalité, que le coût d'opération du commerce soit absolument extrême – de sorte à rendre dérisoire l'avantage tout de même important que retire le créancier par rapport au débiteur – pour que l'abus de droit limite l'exécution en nature. La controverse que suscitent ces faits ainsi que le jugement presque sans équivoque de la Cour supérieure dans cette affaire suggèrent à tout le moins qu'ordonner l'exécution pourrait être considéré comme raisonnable par certains. Ainsi, on tomberait, en théorie, dans la marge d'appréciation et il n'y aurait pas d'abus de droit.

Somme toute, l'abus de droit québécois s'applique sans problème comme limite additionnelle à l'exécution en nature. Quoique cette percée n'éclipserait pas complètement l'injonction en droit québécois, laquelle demeurerait toujours le même concept juridique anglais ayant infusé le droit civil et tributaire du pouvoir des cours de justice, dans le contexte de l'exécution en nature, celle-ci adopterait une démarche réellement civiliste. Une telle évolution serait en accord avec la doctrine québécoise qui, tout en reconnaissant l'héritage juridique de la common law, serait clarifiée et grandement facilitée.

*
* * *

Nous avons démontré comment la bonne foi pourrait s'étendre pour délimiter les obligations des parties: l'exécution en nature reconnaît présentement déjà quatre limites, et nous croyons qu'une cinquième devrait s'ajouter. Dans certains cas, bien que le débiteur soit bel et bien fautif de l'inexécution de son obligation, l'exécution en nature peut s'avérer excessivement onéreuse, déraisonnable, ou alors causer une disproportion manifeste entre les intérêts en cause. Dans ces cas, l'exécution en nature irait contre l'équité et contredirait la mentalité québécoise de justice contractuelle en imposant au débiteur un fardeau sans commune mesure avec l'intérêt du créancier. L'abus de droit peut ainsi venir limiter l'exécution en nature en infirmant que l'usage du droit à l'exécution est fait de manière raisonnable.

La doctrine du *hardship* en common law a été argumentée par certains juges afin de pallier cette question. Or, non seulement cette règle n'a-t-elle

jamais été clairement consacrée en droit québécois, mais elle s'applique uniquement au véhicule procédural de l'injonction et ne fait donc pas partie du droit substantiel de l'exécution en nature. Pour sa part, la bonne foi traverse le droit des contrats et s'applique à tout moment de la vie d'une obligation. Elle prescrit une norme de comportement objective dont la fonction modératrice – l'abus de droit – établit qu'un droit ne peut être employé de manière excessive et déraisonnable. L'abus de droit, tributaire du principe d'exécution de bonne foi, s'étend donc naturellement au remède de l'exécution en nature. Il s'inscrit de plus dans la mouvance du droit québécois vers l'équité et la justice contractuelle. L'abus de droit, exerçant des fonctions comparables au *hardship* de common law, peut aisément prendre la place de cette dernière comme limite à l'exécution en nature. En s'inspirant du droit belge comme modèle de limitation de l'exécution excessivement onéreuse ou déraisonnable par l'abus de droit, le droit québécois pourrait combler les lacunes laissées par le *hardship* et infuser l'exécution en nature d'une doctrine véritablement civiliste qui lui permettrait d'évoluer selon sa propre trajectoire et de discourir avec les autres grands systèmes de tradition civiliste. Le Québec ne peut que gagner à adopter cette doctrine. L'abus de droit permet de promouvoir la justice contractuelle en créant une limite exceptionnelle à l'exécution excessivement préjudiciable et en l'empêchant ainsi de devenir un paradoxe des principes juridiques fondamentaux.

