



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

NUMÉRO SPÉCIAL

La bonne foi : 30 ans de codification et d'interprétation jurisprudentielle

Avant-propos

Brigitte Lefebvre

La codification de la bonne foi en droit québécois :
un rendez-vous manqué?

Gabriel-Arnaud Berthold
et Élise Charpentier

Les critères de la raison et de l'équité en
droit néerlandais : tenants et aboutissants

Diana Dankers-Hagenaars

L'impact de la bonne foi en droit de la construction

Marie-Hélène Dufour

L'obligation de collaboration dans les contrats
relationnels : mythes et préjugés

Marie Annik Grégoire

Quelle place pour la bonne foi lors des pourparlers?

Brigitte Lefebvre

Bonne foi et théorie de l'imprévision : regard sur les
enseignements de l'affaire *Churchill Falls (Labrador)*
Corporation Ltd. c. Hydro-Québec

Jérémie Torres-Ceyte



LES ÉDITIONS THÉMIS

La codification de la bonne foi en droit québécois : un rendez-vous manqué ?

*Gabriel-Arnaud BERTHOLD** et *Élise CHARPENTIER***

**The Codification of Good Faith in Quebec Law:
A Missed Opportunity?**

**La codificación de la buena fe en el derecho quebequense:
¿una oportunidad perdida?**

**A codificação da boa-fé no direito quebequense:
uma oportunidade perdida?**

魁北克法中的诚实信用原则之法典化：错失良机？

Résumé

En comparant la fonction que donnait la Cour suprême à la bonne foi la veille de la recodification, la position que lui réserva réellement le *Code civil du Québec*, et les espoirs formulés par la doctrine au lendemain de l'entrée en vigueur de celui-ci, les auteur-e-s proposent une reconstitution succincte d'un processus inévitable : celui de l'atrophie d'un principe lénifiant, la bonne foi.

Abstract

By comparing the function that the Supreme Court gave to good faith on the eve of the recodification, the position actually reserved for it in the *Civil Code of Québec*, and the hopes expressed by legal scholars after its entry into force, the authors offer a succinct reconstruction of an inevitable process: that of the atrophy of a soothing principle, good faith.

* Professeur, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal.

** Professeure, titulaire de la Chaire Jean-Louis Baudouin, Faculté de droit, Université de Montréal.

Le style oral de la présentation a été conservé dans cette version publiée.

Resumen

Al comparar la función que el Tribunal Supremo otorgaba a la buena fe en vísperas de la recodificación, la posición que le reserva realmente el *Código Civil de Quebec* y las promesas presentadas por la doctrina una vez entrado en vigor el Código, los autores ofrecen una sucinta reconstrucción de un proceso inevitable: el de la atrofia de un principio lenitivo, la buena fe.

Resumo

Comparando a função que dava a Corte Suprema à boa-fé na véspera da recodificação, a posição que lhe foi realmente reservada no *Código Civil do Quebec* e as promessas que apresentava a doutrina no dia seguinte a entrada em vigor, os autores propõem uma reconstituição sucinta de um processo inevitável: aquele da atrofia de um princípio suavizante, a boa-fé.

摘要

通过比较最高法院在法典重新编纂前夕赋予诚实信用的功能、《魁北克民法典》为其保留的实际地位、以及学术界在法典生效次日做出的承诺，作者简明扼要重构了一个不可避免的过程：诚实信用这一缓和原则的萎缩。

Plan de l'article

Introduction	185
I. Le constat : une régression.....	188
II. Le résultat : une notion lénifiante.....	195
Conclusion.....	200

Sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada*, la Cour suprême a affirmé l'obligation des parties à un contrat d'exercer leurs droits conformément aux exigences de la bonne foi et précisé que l'abus de droit pouvait résulter non seulement de la malice ou de l'absence de bonne foi, mais aussi d'une conduite déraisonnable¹. Les décisions de la Cour suprême s'appuient sur une lecture de ce code qui n'était alors pas unanimement admise. Dans l'arrêt de principe, *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, la juge L'Heureux-Dubé s'en explique d'ailleurs très bien :

[L]a théorie de l'abus des droits contractuels remplit aujourd'hui une importante fonction à la fois sociale et économique, celle d'un contrôle nécessaire des droits contractuels. Bien qu'elle puisse représenter un écart par rapport à la conception absolutiste des décennies antérieures, qu'illustre la célèbre maxime « la volonté des parties fait loi », elle s'inscrit dans la tendance actuelle à concevoir les droits et obligations sous l'angle de la justice et de l'équité [...]. S'il y a risque d'introduire ainsi une certaine incertitude dans les rapports contractuels, c'est là un juste prix à payer pour l'acceptation de la théorie de l'abus des droits ; cette incertitude peut d'ailleurs être contrebalancée par la présomption de bonne foi, qui demeure le pilier des relations contractuelles. Les tribunaux ont jusqu'à maintenant démontré, en appliquant cette théorie, qu'ils ne sanctionnent que les écarts marqués par rapport à la norme générale de conduite acceptable dans notre société.²

Ces décisions de la Cour suprême étaient audacieuses puisque le *Code civil du Bas-Canada*, contrairement au *Code civil* français, n'avait pas retenu le principe selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Quoiqu'en rupture avec la conception du contrat inspirée de la théorie de l'autonomie de la volonté, ces décisions ne sont pourtant pas révolutionnaires – au sens où elles ne s'appuient pas sur une négation du droit positif. Le fondement législatif de ces décisions se trouve à l'article 1024 C.c.B.C., un texte qui ne fait certes pas référence à la bonne foi, mais qui édicte 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 ». La jurisprudence a conçu le respect de la bonne foi comme une obligation implicite ; c'est donc apparemment la notion de nature du contrat qui a servi de fondement à sa

¹ *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339 ; *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429 ; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122 ; *Banque de Montréal c. Bail Ltée.*, [1992] 2 R.C.S. 554.

² *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, préc., note 1, 145.

reconnaissance. La notion d'équité, pourtant féconde, ne semble pas avoir joué un rôle déterminant³.

Cette posture de la Cour suprême du Canada est peut-être audacieuse, eu égard au droit positif de l'époque, mais elle n'est certainement pas en décalage avec ce que proposent alors, et depuis déjà quelques décennies, un nombre important de juristes privatistes. Soulignons, à ce titre, que l'Office de révision du Code civil (ci-après « ORCC »), dans son *Rapport sur le Code civil du Québec*, publié en 1977, recommandait non seulement la codification d'un devoir d'agir de bonne foi dans l'ensemble des rapports civils⁴, mais également celle de trois atténuations importantes aux principes de la force obligatoire et de la liberté contractuelle.

D'abord, au chapitre de l'effet du contrat entre les parties, on recommandait, à l'article 75, d'allouer au tribunal un pouvoir, *exceptionnel*, mais tout de même bien réel, de « résoudre, résilier ou réviser un contrat dont l'exécution entraînerait un préjudice excessif pour l'une des parties, par suite de circonstances imprévisibles qui ne lui sont pas imputables »⁵. Par ailleurs, à l'article 37, on recommandait de faire de la lésion un vice de consentement général et applicable à l'ensemble des contractants⁶. De même, à l'article 76, on proposait de reconnaître la codification de cette disposition : « [l]a clause abusive d'un contrat est annulable ou réductible »⁷. À l'opposé du premier article, ces deux dernières propositions avaient quelque chose de véritablement révolutionnaire : en renversant la logique du moment, elles faisaient de l'annulation pour lésion ou de la réduction de la clause abusive le principe.

Devoir général de bonne foi, annulabilité pour lésion, pouvoir judiciaire de révision pour imprévision et création d'un principe de sanction des clauses abusives : à l'évidence, l'Office n'hésitait donc pas à proposer un code civil

³ Certaines décisions qui se situent dans le même courant s'appuient sur l'équité. Ainsi dans l'affaire *Aselford Martin Shopping Centres Ltd c. A.L. Raymond Ltd*, [1990] R.J.Q. 1971, 1976 (C.S.), le juge écrit : « L'équité fait donc partie intégrante de tous les contrats civils, malgré la doctrine fondée sur l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. Elle permet au juge un pouvoir discrétionnaire de corriger les conséquences des iniquités les plus graves dans les contrats. »

⁴ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel, 1978, art. 8.

⁵ *Id.*, art. 75.

⁶ *Id.*, art. 37.

⁷ *Id.*, art. 76.

ambitieux, « sensible aux préoccupations, attentif aux besoins, accordé aux exigences d'une société en pleine mutation », bref au service d'une société « à la recherche d'un équilibre nouveau »⁸. Mais aussi « démocratique »⁹ pouvait-il prétendre être, ce projet de Code n'était peut-être pas tant le reflet des préoccupations réelles de cette société en quête de justice, que de celles et ceux qui en imaginaient les frontières juridiques. Au courant de la seconde partie du 20^e siècle, la doctrine privatiste québécoise avait en effet milité ardemment pour modifier les perspectives sur le rapport entre la liberté, l'égalité et l'équité, en droit civil. Partant de loin, il faut le souligner, plusieurs auteurs et quelques autrices proposèrent, en effet, dès le début des années 60, de délier le rapport « naturel » – qui est, dans les faits très philosophique et hautement politique¹⁰ – entre ces trois principes, de manière à garantir que l'équité ne serait plus, toujours, à la remorque de la volonté de la partie libre. On le sait, cette quête a contribué à l'adoption d'une section intitulée « De l'équité dans certains contrats »¹¹, à celles de différentes lois, dont celle sur la protection du consommateur¹² et, probablement, à celle d'une nouvelle conception prétorienne de la bonne foi.

Dans tous les cas, pour ces juristes, comme pour celles et ceux qui ne partagent pas leur enthousiasme, la décision de la Cour suprême semble donc mettre la table à quelque chose d'important : la venue d'un « temps nouveau », pour citer les paroles Renée Claude, ou plus prosaïquement, d'une nouvelle « moralité contractuelle »¹³, pour citer les mots de Jean-Louis Baudouin. L'espoir – ou le désespoir – est alors grand, en doctrine. Les décisions de la Cour suprême ne sont autres que la prémisse d'un changement fondamental du droit québécois, d'une petite révolution civiliste dont le devoir de bonne foi sera le cheval.

⁸ *Id.*, p. XXVI.

⁹ Paul-André CRÉPEAU, « Réflexions sur la codification du droit privé », (2000) 38 *Osgoode Hall L.J.* 267, 275.

¹⁰ Pierre ROSSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Paris, Seuil, 1982, p. 88.

¹¹ *Code civil du Bas-Canada*, Livre troisième – De l'acquisition et de l'exercice des droits de propriété, Chapitre premier – Des contrats, Section VII – De l'équité dans certains contrats; Albert MAYRAND, « De l'équité dans certains contrats. Nouvelle section du code civil », dans Germain BRIÈRE *et al.* (dir.), *Lois nouvelles*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1965, 51.

¹² *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1 (ci-après « L.p.c. »).

¹³ Jean-Louis BAUDOUIN, « Justice et équilibre: la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 29.

Dans les faits, la codification de la bonne foi peut toutefois être considérée comme ayant entraîné une régression du point de vue de la justice contractuelle en ce qui a trait à l'équilibre des prestations (I). Son impact se situe probablement à un autre niveau. Plus fondamentalement, la codification de la bonne foi permet d'affirmer la fonction du Code civil et des valeurs politiques qu'il consacre (II).

I. Le constat : une régression

L'affirmation par la Cour suprême du rôle de la bonne foi en matière contractuelle a indéniablement marqué un tournant important. Étant donné le recul de l'interprétation absolutiste du régime juridique relatif aux obligations contractuelles établi au *Code civil du Bas-Canada*, la bonne foi aurait pu ouvrir la voie à un contrôle plus important du contenu du contrat du point de vue de l'équilibre des prestations. N'eût été l'adoption du *Code civil du Québec*, nous croyons en effet que la situation actuelle serait peut-être bien différente au regard de la sanction de la lésion et de l'imprévision – au sens où l'*Office de révision du Code civil* entendait ces notions¹⁴. Si, sur la base de l'article 1024 C.c.B.C., on a pu « retrouver » le principe selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi, il nous semble en effet que ce texte aurait très bien pu amener les tribunaux à annuler les contrats lésionnaires et à modifier les contrats en cas d'imprévision.

Le mouvement vers une plus grande justice contractuelle initié par la Cour suprême a été cristallisé lors de l'adoption du *Code civil du Québec*. Selon plusieurs auteurs, l'article 1375 du *Code civil du Québec* – « 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. » – consacre la jurisprudence rendue par la Cour suprême en matière de bonne

¹⁴ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, préc., note 4 :

Art. 37 : « La lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre et entraîne une disproportion sérieuse entre les prestations du contrat.

La disproportion sérieuse fait présumer l'exploitation. »

Art. 75 : « La survenance de circonstances imprévisibles qui rendent l'exécution du contrat plus onéreuse ne libère pas le débiteur de son obligation.

Exceptionnellement, le tribunal peut, nonobstant toute convention contraire, résoudre, résilier ou réviser un contrat dont l'exécution entraînerait un préjudice excessif pour une des parties, par suite de circonstances imprévisibles qui ne lui sont pas imputables. »

foi. De notre point de vue, cette codification a plutôt eu pour effet de figer le principe et, du coup, de lui retirer une part de sa « potentialité ».

Depuis la codification de la bonne foi, certaines obligations – par exemple, les obligations de conseil ou de négociation de bonne foi – sont maintenant consacrées, mais la plupart des situations où la bonne foi intervient étaient déjà connues et les principes mis de l'avant par la Cour suprême auraient conduit au même résultat même si le *Code civil du Québec* n'avait pas été adopté. De plus, la codification n'a pas contribué à « inspirer tous les actes juridiques »¹⁵ – comme l'annonçait le ministre de la Justice – de manière fondamentale en raison du cadre juridique dans lequel s'inscrivent les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. À cet égard, le sort réservé aux contrats lésionnaires et à l'imprévision nous paraît emblématique. Afin de montrer en quoi l'adoption du *Code civil du Québec* a entraîné une régression, nous tenterons de déterminer quelles auraient pu être les solutions sous le *Code civil du Bas-Canada* avant de décrire les effets du *Code civil du Québec*.

S'agissant de la lésion résultant de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, si les tribunaux ont accepté d'intervenir sous le *Code civil du Bas-Canada* lorsqu'un contractant ne se comporte pas de manière raisonnable, comment auraient-ils pu rester indifférents devant celui qui exploite son cocontractant? En raison du caractère inéquitable, choquant de l'exploitation de l'un des contractants par l'autre, on peut penser que l'opération aurait pu être privée d'effets sur la base de l'article 1024 C.c.B.C. Le *Code civil du Bas-Canada* n'excluait en effet pas un tel résultat puisque la lésion au sens de l'article 1012 C.c.B.C.¹⁶ était entendue comme un simple déséquilibre des prestations¹⁷. En effet, si, outre le déséquilibre des prestations,

¹⁵ QUÉBEC (MINISTÈRE DE LA JUSTICE), *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, sous l'article 1375.

¹⁶ Art. 1012 C.c.B.C.: « Les majeurs ne peuvent être restitués contre leurs contrats pour cause de lésion seulement. »

¹⁷ De plus, quoique la doctrine ne le souligne généralement pas, les règles prévues aux articles 424 et 472 C.c.Q., qui se trouvaient au *Code civil du Québec* respectivement depuis 1980 et 1990, n'ont plus la même portée depuis l'entrée en vigueur du Code civil. Il semble que ce soit, toutefois, le cas. En effet, la définition de l'article 1406 C.c.Q. est plus étroite que celle à laquelle renvoie l'article 1012 C.c.B.C. Avant 1994, les (ex-) époux devaient simplement prouver que leur renonciation, en raison du déséquilibre qui en résultait, leur causait un préjudice. Dorénavant, l'époux lésé peut se voir opposer, tel que le prévoit l'article 1406, al. 1 C.c.Q., l'absence de lésion, en raison de l'absence d'exploitation. La situation est donc bien différente de celle qui prévalait avant l'entrée en vigueur du « nouveau » *Code civil du Québec*.

le contrat résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, la bonne foi aurait probablement pu jouer un rôle.

Paradoxalement, tout en affirmant dans le *Code civil du Québec* que « [l]a bonne foi doit gouverner la conduite des parties [...] au moment de la naissance de l'obligation », le législateur a choisi de ne pas sanctionner la lésion, alors qu'il la définit dorénavant comme une disproportion importante entre les prestations contractuelles résultant de l'exploitation de l'une des parties par l'autre¹⁸. Cette définition a été élaborée dans le cadre d'une théorie du contrat où la lésion jouait un rôle important¹⁹. Dans le contexte actuel, la définition de la lésion qu'on trouve à l'article 1406 C.c.Q. a, selon nous, pour effet de réduire le rôle que la bonne foi aurait pu jouer. En l'absence de l'article 1406 C.c.Q., l'article 1405 C.c.Q. aurait pu être interprété comme interdisant l'annulation d'un contrat pour le seul motif que ses prestations ne sont pas équilibrées. Ceci n'aurait pas exclu l'intervention des tribunaux lorsqu'une disproportion importante entre les prestations contractuelles aurait résulté de l'exploitation de l'une des parties par l'autre.

Malheureusement, malgré l'article 1375 C.c.Q., on doit comprendre que le *Code civil du Québec* admet clairement l'exploitation des majeurs. La lésion se situe en effet hors de la portée de l'article 1375 C.c.Q. puisque, outre quelques exceptions, le principe de sa sanction est explicitement rejeté. L'article 1405 C.c.Q. le précise en toutes lettres: la lésion ne vicie le consentement – outre quelques exceptions – que des mineurs et des majeurs protégés²⁰.

¹⁸ Art. 1406 C.c.Q.: « La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation.

Elle peut aussi résulter, lorsqu'un mineur ou un majeur sous tutelle ou mandat de protection est en cause, d'une obligation estimée excessive eu égard à la situation patrimoniale de la personne, aux avantages qu'elle retire du contrat et à l'ensemble des circonstances. »

¹⁹ Cette définition est, en effet, inspirée de la définition que proposait l'Office de révision du Code civil (préc., note 14). Dans le contexte de ce projet, la lésion se caractérisait surtout par le fait qu'elle visait ouvertement à sanctionner le comportement de celui qui avait profité de la faiblesse de son cocontractant. Elle ne s'intéressait pas directement à l'existence ou à la qualité du consentement, mais plutôt à l'équilibre du contrat et aux circonstances ayant présidées à sa formation.

²⁰ Art. 1405 C.c.Q.: « Outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs sous tutelle ou mandat de protection. »

Au regard de l'imprévision, deux avenues étaient ouvertes sous le *Code civil du Bas-Canada*. D'une part, la bonne foi devant gouverner l'exercice du droit, celle-ci n'aurait-elle pas pu empêcher que l'exercice d'un droit entraîne un préjudice excessif pour l'une des parties? D'autre part, si le texte de l'article 1024 C.c.B.C. a donné naissance à de nombreuses obligations implicites, alors pourquoi n'aurait-elle pas pu mener à la reconnaissance d'une obligation de renégociation lorsque l'exécution du contrat entraîne un préjudice excessif pour l'une des parties?

Le *Code civil du Québec* affirme le principe selon lequel « [l]e contrat ne peut être résolu, résilié, modifié ou révoqué que pour les causes reconnues par la loi ou de l'accord des parties »²¹. On n'y trouve pas de règle générale relativement à l'imprévision. Depuis l'adoption du Code civil, la question de l'imprévision a tout de même suscité l'imagination de la doctrine²².

S'autorisant de l'affirmation du rôle de la bonne foi et de l'abus de droit par les tribunaux dans le droit antérieur, puis de sa codification, une partie de la doctrine appelle les tribunaux à intervenir. Les tenants d'une telle intervention judiciaire appuient leur position sur l'absence de rejet formel du principe de la part du législateur – contrairement à ce qui s'est produit en matière de lésion et sur les droits étrangers où la révision du contrat est fondée sur la notion de bonne foi.

Outre le principe de l'intangibilité du contrat²³, la position contraire peut s'appuyer sur plusieurs idées. En ne retenant pas la proposition formulée par l'Office de révision du Code civil, le législateur a rejeté la règle permettant une intervention judiciaire en toute connaissance de cause. De plus, la logique interne du *Code civil du Québec* – qui admet l'intervention des tribunaux en certaines circonstances²⁴ – sert d'appui à une interprétation selon laquelle le législateur n'aurait pas entendu donner un pouvoir

²¹ Art. 1439 C.c.Q.

²² Pour une description plus complète des deux positions, voir ÉLISE CHARPENTIER et NATHALIE VÉZINA, « Les effets exercés par les crises financières sur la force obligatoire des contrats : certitudes et incertitudes du droit québécois en matière d'imprévision », dans BAŞAK BAŞOĞLU, *The Effects of Financial Crisis on the Binding Force of Contracts*, Londres, Springer, 2016, p. 59.

²³ *Id.*

²⁴ Les articles 771, 1294 et 1834 C.c.Q. évoquent en effet des situations s'apparentant au *hardship* puisque l'obligation devient non seulement plus onéreuse, elle devient « trop onéreuse » en raison de circonstances imprévisibles lors de sa naissance. D'autres dispositions, sans pour autant admettre l'imprévision, visent néanmoins à adapter le contrat

général d'intervention aux tribunaux en matière d'imprévision : si le législateur a prévu des situations particulières où l'imprévision peut être sanctionnée²⁵, c'est que le principe général de sa sanction n'existe pas.

La jurisprudence actuelle paraît refléter la position des auteurs soutenant la position selon laquelle la théorie de l'imprévision ne fait pas partie du droit positif. Dans l'affaire *Churchill Falls*²⁶, la majorité de la Cour suprême affirme d'abord que

Le droit civil québécois ne reconnaît pas la théorie générale de l'imprévision. La raison de cet état de fait est simple. C'est le choix réfléchi du législateur de ne pas l'inclure dans notre droit.²⁷

aux changements liés à la situation personnelle d'un contractant vulnérable; voir les articles 1994 C.c.Q. et 107 L.p.c.

Art. 771 C.c.Q.: « Si, en raison de circonstances imprévisibles lors de l'acceptation du legs, l'exécution d'une charge devient impossible ou trop onéreuse pour l'héritier ou le légataire particulier, le tribunal peut, après avoir entendu les intéressés, la révoquer ou la modifier, compte tenu de la valeur du legs, de l'intention du testateur et des circonstances. »

Art. 1294 C.c.Q.: « Lorsqu'une fiducie a cessé de répondre à la volonté première du constituant, notamment par suite de circonstances inconnues de lui ou imprévisibles qui rendent impossible ou trop onéreuse la poursuite du but de la fiducie, le tribunal peut, à la demande d'un intéressé, mettre fin à la fiducie; il peut aussi, dans le cas d'une fiducie d'utilité sociale, lui substituer un but qui se rapproche le plus possible du but original.

Si la fiducie répond toujours à la volonté du constituant, mais que de nouvelles mesures permettraient de mieux respecter sa volonté ou favoriseraient l'accomplissement de la fiducie, le tribunal peut modifier les dispositions de l'acte constitutif. »

Art. 1834 C.c.Q.: « La charge qui, en raison de circonstances imprévisibles lors de l'acceptation de la donation, devient impossible ou trop onéreuse pour le donataire, peut être modifiée ou révoquée par le tribunal, compte tenu de la valeur de la donation, de l'intention du donateur et des circonstances. »

²⁵ Art. 771, 1294 et 1834 C.c.Q.

²⁶ *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46 (le jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown a été rendu par le juge Gascon; le juge Rowe est dissident).

²⁷ *Id.*, par. 93. D'emblée, le juge Gascon constatait : « En droit civil québécois, il n'existe aucun fondement légal étayant la demande de CFLCo. Notre Cour ne peut ni modifier le contenu du Contrat, ni obliger les parties à en renégocier certaines modalités, ni imposer un partage des bénéfices différent de celui qu'il prévoit. Les arguments de CFLCo, qui s'appuient soit sur la nature du Contrat et ses obligations implicites, soit sur l'obligation générale de bonne foi, soit sur une variation de la théorie de l'imprévision, sont tous voués à l'échec. En outre, ils exigent tous la remise en question des conclusions factuelles décisives du juge de première instance, lesquelles ne sont entachées d'aucune

Le juge Gascon analyse néanmoins les diverses conceptions de l'imprévision, mais conclut qu'en l'espèce, les contractants ayant alloué le risque de fluctuation des prix de l'électricité à Hydro-Québec, même si le droit québécois reconnaissait l'imprévision, son application serait nécessairement exclue²⁸.

S'interrogeant sur la question de savoir si la bonne foi ou l'équité pourraient permettre une intervention du tribunal en l'espèce, le juge Gascon observe que « tout développement de notions s'apparentant à l'imprévision en droit civil québécois doit, le cas échéant, tenir compte du choix du législateur de n'avoir pas fait de cette théorie une règle universelle »²⁹. Dans ce contexte, l'article 1434 C.c.Q. ne peut pas servir de fondement à une intervention des tribunaux. L'équité ne peut pas jouer un rôle puisque cette notion « n'est pas malléable au point de la détacher de la volonté des parties et de leur intention commune »³⁰.

Quant à la bonne foi, elle ne peut pas fonder l'intervention du tribunal « en l'absence de comportement déraisonnable de sa part, ou une obligation de renégociation des obligations principales d'un contrat en toutes circonstances »³¹. Dans un passage fondamental, le juge Gascon observe que

« [l]a bonne foi fait appel à l'esprit de la loi ou de la convention ». Le devoir de collaboration vise ainsi à donner au contrat, tel qu'il existe, la plus grande portée possible. En un sens, ce devoir peut être conçu comme la simple mise en œuvre de la formule de Pothier : « s'obliger à faire quelque chose c'est s'obliger à le faire utilement ». Les nombreuses manifestations du devoir de bonne foi servent donc à maintenir la pertinence des prestations à la base du contrat

erreur manifeste et déterminante. Je rejetterais donc l'appel. » (par. 6). Il précise plus loin qu'« il n'y a pas dans le Code de règle de l'imprévision telle que l'entendent et la reconnaissent des ressorts de tradition civiliste ailleurs dans le monde » (par. 96).

²⁸ Voir *id.*, par. 99-100.

²⁹ *Id.*, par. 105. Puis il précise qu'« [i]l est du reste paradoxal de constater que, en dernière analyse, [Churchill Falls] veut se servir des notions de bonne foi et d'équité d'une manière qui transcende les limites mêmes de la théorie de l'imprévision que le législateur québécois a pourtant refusé d'intégrer dans le droit civil de la province » (par. 106).

³⁰ *Id.*, par. 109.

³¹ *Id.*, par. 110, voir aussi par. 113. La Cour d'appel formulait la même idée ainsi : « [L]e silence du législateur sur l'imprévision dans le *Code civil du Québec* n'a pas pour effet d'empêcher une partie d'invoquer l'obligation d'agir de bonne foi pour remédier à un déséquilibre contractuel qui pourrait relever de la théorie de l'imprévision là où elle est nommément admise en droit positif » (*Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, 2016 QCCA 1229, par. 127).

pour les deux parties, même lorsque les termes du contrat ne prévoient pas spécifiquement qu'il est interdit aux parties de faire quelque chose qui nuirait à sa réalisation. Puisque la bonne foi prend sa forme des modalités du contrat, elle ne peut servir à aller à l'encontre de son paradigme.³²

Il est vrai que les tribunaux québécois ont parfois exigé de partenaires contractuels qu'ils modifient légèrement leur contrat. [...] Toutefois, la renégociation des prestations à la base de la commutativité contractuelle n'a jamais été imposée. À mon sens, cela se justifie par la logique même du devoir de bonne foi : la renégociation et la modification des prestations principales du contrat auront rarement pour effet de maintenir la pertinence de ces mêmes prestations.³³

Cette idée fonde la conclusion retenue qui illustre l'importance accordée au respect de la volonté des contractants :

Tout aussi utiles et fondamentales que soient les notions de bonne foi et d'équité dans la protection de l'équilibre contractuel au Québec, il n'y a pas lieu de transformer les objectifs de justice corrective qu'elles visent à protéger en un mécanisme de justice distributive imprévisible et contraire à la stabilité contractuelle [...].³⁴ (nous soulignons)

Au sujet du comportement d'Hydro-Québec, le juge conclut qu'elle n'a pas agi de mauvaise foi ni adopté une conduite excessive ou déraisonnable en refusant de partager les bénéfices qu'elle tire du contrat. Son attitude « ne contrevient pas à l'obligation d'adopter un comportement loyal et raisonnable »³⁵. Dans ce contexte, la question qui se pose est celle de savoir ce qui constitue un comportement déraisonnable. La réponse est difficile à imaginer, d'autant plus que le passage du jugement de la Cour d'appel³⁶ qui

³² *Id.*, par. 120 (références omises). Le juge de première instance observait : « The requested relief would undermine the contractual paradigm, rewarding CFLCo with the benefit of hindsight for the favorable resolution of risks that CFLCo never incurred, and taking away the cost certainty and the inflation protection that Hydro-Québec stood to obtain if the Contract price proved less expensive than alternatives. The requested relief would undermine the ability to enforce the efficient allocation of risk in long-term contracts. » (*Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, 2014 QCCS 3590, par. 151).

³³ *Id.*, par. 121 (références omises).

³⁴ *Id.*, par. 125.

³⁵ *Id.*, par. 124.

³⁶ Selon la Cour d'appel, si la santé ou la survie financière d'une partie au contrat se trouve menacée, « la partie qui se verrait refuser un attermoiement, un allègement de ses obligations, un réaménagement du contrat ou toute autre concession *objectivement*

illustre les situations susceptibles d'amener les tribunaux à intervenir n'a pas été repris par le juge Gascon. Quoique mentionnée dans le jugement, la possibilité d'une intervention judiciaire fondée sur les exigences de la bonne foi, dans les situations où par ailleurs l'équilibre convenu par les parties est rompu, est donc bien mince.

Quoi qu'il en soit, le constat demeure : le *Code civil du Québec* est plus explicite sur le sort réservé à la lésion entre majeurs que sur celui de l'imprévision. Il interdit clairement le principe de la sanction de la lésion, alors que sa logique interne, conjuguée au rejet des solutions mises de l'avant dans les travaux ayant mené à l'adoption du *Code civil du Québec*, freinent l'intervention des tribunaux relativement à l'imprévision.

La codification des exigences de la bonne foi n'a rien apporté de nouveau au regard des droits et obligations des contractants. Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, on connaît certes de nouvelles situations où la bonne foi intervient, mais la jurisprudence de la Cour suprême aurait conduit aux mêmes résultats. Loin de permettre l'émergence d'une véritable justice contractuelle, le nouveau cadre législatif prévu au *Code civil du Québec* contraint le développement des exigences de la bonne foi. Reste tout de même qu'on peut donner une fonction aux articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. qui dépasse les enseignements de la Cour suprême antérieurs à l'affirmation de la bonne foi dans le *Code civil du Québec*.

II. Le résultat : une notion lénifiante

D'une souris, le *Code civil du Québec* et les tribunaux ont-ils finalement accouché ? Chose certaine, la petite révolution du droit civil et de la pensée juridique québécoise que semblait introduire la codification du devoir d'agir de bonne foi n'a pas eu lieu. Au contraire, le devoir d'agir de bonne foi s'est montré incapable ou, du moins, indisposé à donner aux

raisonnable et non préjudiciable du point de vue de son cocontractant, pourrait faire valoir devant le tribunal que ce cocontractant manque de la sorte aux exigences de la bonne foi : il se conduit de manière irrationnelle et inexplicable, en un mot, déraisonnable. L'hypothèse d'un tel manquement aux exigences de la bonne foi par le cocontractant, et celle d'un abus commis par lui dans l'exercice d'un droit contractuel, sont alors très voisines. Peut-être même s'agit-il, du moins dans certains cas, d'une seule et même chose. » (*Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 31, par. 155).

tribunaux le moyen – ou le goût? – de jouer aux équilibristes contractuels. Loin de changer l'équation entre la liberté, l'égalité et l'équité, ce nouveau devoir a, au mieux, influencé, et à la marge, la très libérale fiction de l'harmonie des libertés³⁷, en permettant au juge civil de sanctionner les comportements les moins « civilisés ».

Mais si le devoir de bonne foi a donc échoué là où on l'attendait, c'est peut-être qu'on l'attendait au mauvais endroit? Peut-être avait-on eu l'espoir mal placé? Peut-être imaginait-on un rendez-vous impossible entre la bonne foi et l'équité? La lecture de la doctrine était peut-être, plus simplement, un peu naïve: comme si le droit civil pouvait réellement servir le social avant l'individu! Comme si le droit civil pouvait réellement s'opposer au régime économique et aux principes politiques que consacre son Code! On pouvait pourtant facilement prévoir que le Code civil ne consacrerait pas de concepts ayant une telle portée.

Il suffisait pourtant, pour le prévoir, d'écouter les enseignements, connus et reconnus, de Gérard Lyon-Caen, qui disait des « lois ouvrières », au début des années 50, qu'elles « ne sont que des limites apportées aux principes du régime économique existant » et que « [s]i nombreuses et si radicales soient-elles, elles ne sauraient jamais par elles-mêmes modifier les fondements du régime »³⁸. Si ces lois, pourtant en décalage profond avec le droit civil, ne pouvaient servir à modifier le fondement du régime économique et politique, comment même imaginer que le *Code civil du Québec* en soit capable?

Donc, s'il ne nous attendait pas au stop de la subversion, à quel arrêt devait-on retrouver le devoir d'agir de bonne foi? Probablement à celui de la sauvegarde et de l'apaisement. Sauvegarde de la fonction unificatrice du droit commun, d'une part; sauvegarde des principes qu'il consacre pour tous, d'autre part. Sauvegarde qui se veut, dans un cas comme dans l'autre, un moyen de lénifier le droit civil.

L'histoire a été maintes fois écrite: au moment de sa création, le droit commun des obligations a pour fonction de contribuer à l'unification de

³⁷ Christophe JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 7, à la p. 9.

³⁸ Gérard LYON-CAEN, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail (1950) », *Dr. ouv.* 2004.52, 54.

la citoyenneté. En donnant les mêmes droits et en reconnaissant les mêmes pouvoirs à l'ensemble des citoyens, il a pour objectif de contribuer à faire « table rase des distinctions sociales »³⁹ et, de ce fait, des inégalités programmées, institutionnalisées. Mais en faisant ainsi, le droit civil ne fait pas que tourner le dos aux « statuts » juridiques. En redonnant à l'ensemble des citoyens leur liberté de s'engager, il donne à l'ensemble des individus, individus qu'il reconnaît comme autonomes, le pouvoir de déterminer librement ce qui est bon pour eux. En donnant à l'autonomie individuelle de tous les citoyens le pouvoir de s'exprimer librement, le droit commun pose ainsi, en théorie, les fondements d'une société équitable.

Dans les faits, toutefois, le droit commun québécois, celui du *Code civil du Bas-Canada*, se montre incapable de donner un sens de réalité à cette équation. L'équation semble, en fait, viciée : les inégalités du quotidien emportent nécessairement l'égalité de principe. Or, plutôt que de constater cet état de fait, le droit s'obstine : sa croyance dans les vertus de l'unification ou, en d'autres termes, de l'égalité formelle, l'aveugle. De fait, ne parvenant pas à tenir compte de l'inégalité réelle des citoyennes et des citoyens, il n'est pas en mesure de codifier des règles permettant de leur redonner les moyens de mettre en œuvre des échanges justes.

Le résultat est connu. Au cours des années 70, les lois particulières et les statuts contractuels sont largement multipliés : les contractants indifférenciés du droit commun font place, dans la vie juridique quotidienne, à des consommatrices, des assurées, des travailleuses, des locataires et autres déclinaisons de la personne. Le droit commun demeure le droit des personnes, mais plus personne ne l'applique. Que faire, alors ? Laisser tomber l'égalité et les idéaux qu'elle porte ? Certainement pas. Après tout, comment imaginer un Code civil, un Code des *citoyens*, qui ne s'applique pas également à tous ces citoyens ? Comment même, dira-t-on, laisser tomber l'égalité, sans en faire autant du « droit lui-même »⁴⁰ ?

Il fallait donc trouver un moyen de limiter l'effritement du droit, et de son principe d'unité, tout en permettant que son Code puisse s'adapter aux différents rapports. Notre thèse est, en ce sens, que c'est cela que le devoir d'agir de bonne foi a contribué à faire. Et il l'a fait, pour l'essentiel, en

³⁹ Louis JOSSERAND, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », D. 1937.1, 1.

⁴⁰ Jacques ELLUL, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », *Ar. philo. dr.* 1963.8.21, 27.

repositionnant l'analyse, c'est-à-dire en mettant l'accent davantage sur le comportement des personnes, sur leur devoir, plutôt que sur leurs obligations : ce qui compte, ce n'est plus tant ce qu'une personne peut ou ne peut pas faire, compte tenu du statut qu'elle porte dans un cas déterminé. Ce qui compte, c'est davantage ce qu'elle fait ou ne fait pas ou, plus souvent, comment elle fait ou ne fait pas cette chose, qu'importe son statut. Le devoir d'agir de bonne foi permet désormais au juge de déterminer si les obligations respectives des parties dans tous leurs rapports ont été formées, exécutées et éteintes de bonne foi, *eu égard au contexte concret et particulier*, mais *sans égard au statut particulier*. Bref, en donnant au juge le pouvoir de contrôler tous les rapports, mais chacun des rapports, la codification du devoir d'agir de bonne foi réaffirme l'importance du principe d'unité citoyenne, contribue à souligner la centralité du droit commun et participe à limiter les effets d'une dilution entamée du droit des citoyens.

Dans ce sens, le devoir d'agir de bonne foi nous semble également être une valve de décompression du système que constitue le droit commun, une valve dont la fonction est de préserver l'intégralité de ses principes directeurs contre la critique externe, et d'ainsi lénifier le droit.

En deux mots, en limitant, de manière plus ou moins officielle, les effets que pourrait avoir une mise en œuvre abusive des droits, il modifie le « cadrage » du droit, c'est-à-dire qu'il indique que le problème n'est pas le principe, voire l'équation des principes égalité plus liberté égalent équité, mais celles et ceux qui en abusent. Le problème, en d'autres mots, ce n'est pas le principe, mais bien les défaillances dans ses applications ponctuelles que causent quelques contractants qui abusent d'une position enviable dans le rapport de force. On voit d'ailleurs bien toute cette logique lorsqu'on étudie l'article 1437, al. 2 C.c.Q. : le problème, indique cette disposition, ce n'est pas la liberté, mais l'abus qu'en fait une personne, *allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi*.

Le devoir d'agir de bonne foi opère donc, pour le dire autrement, comme un « contrepoids des excès potentiels »⁴¹ des contractants, mais il ne le fait pas à titre d'*exception* aux principes du droit civil. Au contraire, en constituant une limite à l'*application* que font les contractants des principes de

⁴¹ Louise ROLLAND, « La bonne foi dans le *Code civil du Québec* : du général au particulier », (1996) 36 *R.D.U.S.* 377, 386.

liberté et d'égalité, le devoir d'agir conformément aux exigences de la bonne foi sert à légitimiser l'existence et la portée de ces principes, et à redorer le blason de l'équation dont ils sont les données. Le problème n'est donc pas dans l'existence et la portée des principes, mais dans l'abus qu'en font certains contractants : on peut contracter librement, mais on doit nécessairement le faire de bonne foi. Dans ce contexte, inutile de limiter la liberté contractuelle, en édictant des exceptions du type de la lésion et de l'imprévision, puisque cette liberté n'est pas le problème !

C'est d'ailleurs, selon nous, ce qui explique que le devoir d'agir de bonne foi ne se retrouve pas à un, mais bien à deux endroits, dans le Code. Deux endroits qui ne sont pas anodins. Deux endroits qui sont hautement symboliques. Deux endroits qui marquent toute l'importance de ce devoir, dans le nouveau mode d'encadrement des rapports dont il est le principal instrument.

Dans ce sens, et pour s'en convaincre, il ne suffit d'ailleurs que de comparer les propositions de l'ORCC et le texte du Code : dans les premières, pas de rappel du devoir d'agir de bonne foi dans la formation, l'exécution et l'extinction des obligations (art. 8), mais diverses atténuations importantes aux principes de la parole donnée (art. 75) et de la liberté contractuelle (art. 37 et 76) ; dans le second aucune atténuation, mais un rappel important et central du devoir d'agir de bonne foi (art. 1375 C.c.Q.). Dans le premier cas, un gros plan sur les problèmes politiques qu'introduisent les *principes* de liberté et d'égalité : les préjudices conséquents à la lésion, à l'imprévision et à la clause abusive sont des résultats *indésirables*, auxquels on doit pallier. Dans le deuxième cas, gros plan sur le *comportement* de quelques personnes, dans tous les contextes : le problème n'est pas politique. Il ne se situe pas au niveau des principes du droit – qui permettent aux personnes d'abuser –, mais des comportements des sujets de droit, soit du *fait* d'abuser. La bonne foi justifie donc en quelque sorte le fait de sauvegarder les principes traditionnels, ceux-ci n'étant pas à l'origine des résultats indésirables dont se plaint un contractant.

De manière disons un peu rapide, on peut donc dire que la bonne foi joue un double rôle lénifiant : elle dissipe les tensions à l'intérieur même du système, entre ses différents éléments, et calme les critiques externes sur cet ensemble. Dans les deux cas, l'objectif est le même : sauvegarder les principes fondamentaux du droit civil et ce qu'ils défendent à leur tour, soit le régime économique et politique dans lequel ils s'inscrivent.

*
* *

De deux choses l'une. Si, en codifiant le devoir d'agir de bonne foi, on cherchait à transformer le droit civil, à l'équilibrer véritablement, c'est manqué. Le devoir d'agir de bonne foi n'a clairement pas eu cet effet : l'équilibre s'est retrouvé bien seul au rendez-vous espéré. Au contraire, si, en codifiant le devoir, on cherchait à lénifier le droit civil, à lui donner les apparences d'un droit qui programme la décence et la civilité, là, rien n'est manqué : le rendez-vous entre la bonne foi et la bonne conscience est une réussite.