



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

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

*Marie Annik GRÉGOIRE**

**The Duty to Cooperate in Contractual Relations :
Debunking the Myths**

**La obligación de colaboración en los contratos relacionales :
mitos y prejuicios**

**A obrigação de colaboração nas relações contratuais :
mitos e preconceitos**

合同关系中的合作义务：迷雾和偏见

Résumé

Cette étude vise à déboulonner plusieurs mythes et préjugés relatifs au devoir de collaboration dans les relations contractuelles. Pour ce faire, l'autrice identifie certains principes fondamentaux de la théorie contractuelle afin de démontrer, y compris à l'aide d'exemples tirés de la jurisprudence, comment la bonne foi, et plus particulièrement le devoir de collaboration, peut s'articuler de manière cohérente et prévisible et assurer ainsi un comportement des parties qui favorisent l'utilité et la pertinence du contrat pour toutes les parties prenantes.

Abstract

This study has the goal to debunk multiple myths concerning the duty to cooperate in contractual relations. To this end, the author identifies certain fundamental principles of contractual theory in order to demonstrate, with the help of examples drawn from case law, how good faith, and more specifically the duty to cooperate, can be articulated in a coherent and predictable manner, thereby ensuring that the parties behave in a way that promotes the usefulness and relevance of the contract for both of them.

* Professeure titulaire et avocate, Faculté de droit, Université de Montréal.

Resumen

Este estudio pretende desmentir varios mitos y prejuicios relativos al deber de colaboración en las relaciones contractuales. Para ello, la autora identifica ciertos principios fundamentales de la teoría contractual con el fin de demostrar, con la ayuda de ejemplos extraídos de la jurisprudencia, cómo la buena fe, y más particularmente el deber de colaborar, puede articularse de forma coherente y previsible garantizando así un comportamiento de las partes que favorezca la utilidad y pertinencia del contrato para todos los interesados.

Resumo

Este estudo visa a desfazer vários mitos e preconceitos quanto ao dever de colaboração nas relações contratuais. Para fazê-lo, a autora identifica certos princípios fundamentais da teoria contratual a fim de demonstrar, inclusive com a ajuda de exemplos tirados da jurisprudência, como a boa-fé, e mais particularmente o dever de colaboração, pode se articular de maneira coerente e previsível e assegurar assim um comportamento dos contratantes que promova a utilidade e a pertinência do contrato para todas as partes interessadas.

摘要

本研究旨在澄清多个与合同关系中合作义务有关的迷雾和偏见。为此，作者首先界定合同理论中几项基本原则，以便借助判例法实例，阐明诚实信用原则，更具体而言合作义务如何一致且可预测地相互衔接，从而确保当事人的行为能够促进合同对所有相关方的有用性和恰当性。

Plan de l'article

Introduction	281
I. Les fondements d'une théorie contractuelle cohérente	284
A. La motivation contractuelle.....	284
B. La liberté et la responsabilité contractuelles	286
C. La commutativité contractuelle.....	289
D. Les droits subjectifs	292
II. L'illustration jurisprudentielle des fondements de la bonne foi : le devoir de coopération dans les contrats relationnels	294
A. <i>Provigo Distribution inc. c. Supermarché A,R.G. inc.</i>	295
B. <i>Dunkin' Brands c. Bertico inc.</i>	297
Conclusion	299

Il existe des notions, des concepts que certains juristes souhaiteraient certainement évacuer de leur pratique. J'ai commencé à pratiquer en 1994, juste au moment de l'entrée en vigueur des dispositions sur les clauses abusives, qui, comme le prévoyait la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*¹ étaient applicables aux contrats conclus antérieurement au nouveau Code. À ce moment, les stagiaires de nombreux grands bureaux avaient pour mandat de relire les contrats parce qu'un véritable vent de panique s'était installé dans plusieurs bureaux quant à la validité de certaines clauses. Or, comment pouvaient-ils juger de l'aspect abusif d'une clause alors que la signification et les paramètres d'application du concept flou de clause abusive prévu à l'article 1437 C.c.Q. étaient pratiquement inconnus ? Pour plusieurs praticiens de l'époque, c'est toute la prévisibilité et la sécurité contractuelles qui semblaient en péril.

Je crois que nombre de juristes sont animés du même sentiment en ce qui concerne la notion de bonne foi et sont d'avis qu'elle dessert mal les fins de la justice contractuelle, du moins lorsque celle-ci est envisagée d'un strict point de vue subjectif. Un tel sentiment de méfiance est-il justifié ?

La bonne foi est une notion dite « floue ». Les notions floues sont des normes introduites par le législateur pour favoriser la flexibilité et l'adaptation des règles juridiques générales² et sont donc très courantes dans les systèmes civilistes. Il s'agit d'un pouvoir délégué au juge par le législateur pour créer, adapter et assouplir des normes juridiques³, souvent perçues comme trop rigides et à la capacité d'adaptation limitée. Le législateur assure ainsi la pérennité de ces normes⁴, ce qui est souhaité et souhaitable pour les règles codifiées des juridictions civilistes, qui, l'histoire le démontre, peuvent être édictées pour des siècles. Ainsi, si officiellement le juge civiliste ne peut créer une règle de droit, dans les faits, par le biais de « l'interprétation » d'une notion floue comme la bonne foi, il crée concrètement des normes que les parties à un contrat doivent respecter, même si de telles

¹ L.Q. 1992, c. 57, art. 82.

² Vincente FORTIER, « La fonction normative des notions floues », [1991] R.R.J. 755, 756

³ *Id.*, p. 757 ; Valentin PETEV, « Standards et principes généraux du droit », [1998] R.R.J. 824, 831 ; Stéphane RIALS, « Les standards juridiques, notions critiques du droit », dans Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 39, à la p. 40.

⁴ Annick TRIBES, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, t. 1 et 2, thèse de doctorat en droit, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris 2), 7 février 1975, p. 327.

obligations n'ont pas été prévues expressément par ces parties⁵. Ces normes de comportement sont appelées les obligations implicites du contrat. Déjà une telle possibilité d'intervention judiciaire, inhérente à la notion même de la bonne foi, en fait frémir plusieurs⁶. Pour de tels détracteurs, par ce qu'elle représente, cette notion floue est synonyme d'instabilité contractuelle et de non-respect de l'équilibre contractuel subjectif, ou autrement dit, des dispositions qu'ils ont réussi à négocier. On notera cependant qu'un tel commentaire encouragera le plus souvent la partie forte qui aura, en réalité, imposé ses normes privées à la partie désavantagée. Pour une grande majorité des contrats, soit ceux qu'une partie, souvent un particulier, n'est nullement en mesure de contrôler ou négocier, ces critiques encouragent donc les déséquilibres contractuels comportant des écarts flagrants entre les droits et devoirs respectifs des parties. La bonne foi permet justement de rééquilibrer les contrats lorsqu'une partie profite indûment de l'absence du postulat théorique d'égalité entre les parties dans la possibilité de veiller à ses intérêts.

Pour certains plaideurs, la bonne foi se résume comme la solution de dernier recours, celle qui est plaidée lorsque se dégage l'impression qu'il existe une situation d'injustice autrement insoluble à l'égard du client. Finalement, pour d'autres juristes, surtout au sein de la doctrine puisque la jurisprudence⁷ a officiellement rejeté cette interprétation, cette notion est

⁵ Voir sur les grandes forces d'interprétation du juriste civiliste, Paul-André CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *R. D. McGill* 729, et notamment aux pages 771 et 772 : « C'est peut-être dans cette matière, jadis présentée comme "l'expression idéale de la logique juridique" que l'on peut le mieux saisir la pensée civiliste à l'œuvre. Dans une recherche constante de rationalisation et de systématisation du droit, le juriste, à partir d'une donnée de politique juridique exprimée sous la forme d'une règle de droit, veut en explorer tout le domaine et, du coup, en tracer les limites d'application. Pour cela, il tire toutes les conséquences logiques qui en découlent et qui, en principe, même si elles ne sont pas expressément énoncées, sont tenues pour obligatoires et applicables dans toutes les situations particulières visées par la règle, sauf dérogation législative expresse. » (références omises)

⁶ Voir pour un exemple frappant, Christian LARROUMET, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », D. 1997.chr.145, qui écrit, entre autres : « L'application [l'intervention judiciaire] est dévastatrice en ce qu'elle a pour effet, en développant le contrôle du contrat par le juge, de ruiner la liberté contractuelle. »

⁷ Voir notamment les arrêts *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46; *Dunkin' Brands c. Bertico inc.*, 2015 QCCA 624.

l'opérationnalisation même du solidarisme contractuel qui devrait régner entre les parties à un contrat⁸, d'autant un contrat dit relationnel.

Bref, la notion de bonne foi est complexe et suscite une diversité d'opinions sur ses rôles et définitions. Dit autrement, la bonne foi peut faire peur au juriste. Les exemples jurisprudentiels foisonnent et il paraît parfois difficile de cerner un fil conducteur, et plus spécifiquement dans les manifestations du devoir de collaboration. Plusieurs envisagent ce dernier comme une réelle imposition d'obligations non prévues par les parties – certains qualifiant même cette opération de « réécriture » du contrat – et donc d'une véritable contravention au principe de non-intervention du juge au contrat. D'ailleurs, compte tenu de la nature même de cette notion floue, qui se veut d'application au cas par cas, est-il même possible de dégager certains principes qui devraient en guider l'application et ainsi assurer une certaine prévisibilité, élément essentiel pour éviter des décisions arbitraires ? En effet, si on ne peut nier que de telles situations existent, force est de constater, comme le mentionnent certaines autrices, que « souvent cet arbitraire résulte d'une absence de méthode »⁹. La présente étude tentera donc de démontrer qu'il est possible de faire preuve de cohérence et de prévisibilité dans l'application du devoir de collaboration découlant de la bonne foi. Pour ce faire, j'examinerai ce qui apparaît comme des fondements incontournables de la théorie des contrats (I) et les confronterai à deux exemples

⁸ C'est du moins ce que certains ont affirmé à une certaine époque. Il serait intéressant de voir ce qu'ils en disent aujourd'hui ; voir en droit québécois : Charles D. GONTHIER, « Liberty, Equality, Fraternity: The Forgotten Leg of the Trilogy, or Fraternity: The Unspoken Third Pillar of Democracy », (2000) 45 *R.D. McGill* 567, 579 et suiv. ; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation des contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 41 ; Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit des contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 49. En droit français : Denis MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », dans Luc GRYNBAUM et Marc NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, coll. « Études juridiques », Paris, Economica, 2004, p. 57, à la p. 69 ; Éric SAVAUX, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *id.*, p. 43, à la p. 44 ; Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Paris, LexisNexis-Litec, 2006 (il faut cependant noter que cette autrice rejette la bonne foi comme principe permettant d'actualiser ce lien de solidarité entre les contractants) ; Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997.357, 362, n° 8.

⁹ Laurence FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 366, Paris, L.G.D.J., 2002, n° 116, et A.-S. COURDIER-CUISINIER, *id.*, n° 863, p. 574.

jurisprudentiels classiques relatifs à des contrats relationnels (II). Il en résultera une grille de critères méthodiques quant à l'application du devoir de collaboration, et plus particulièrement dans les contrats relationnels.

I. Les fondements d'une théorie contractuelle cohérente

Comme le mentionnait Nicholas Kasirer, alors juge à la Cour d'appel, «like cases should be treated alike»¹⁰. J'ai donc tenté de développer lors de mes études doctorales¹¹ une grille basée sur des principes fondamentaux pour mieux encadrer les circonstances d'application de l'obligation de bonne foi. Cette grille repose essentiellement sur quatre principes fondamentaux du droit contractuel québécois que mes recherches et analyses m'ont permis d'identifier comme essentiels à la cohérence des relations contractuelles de type synallagmatique, soit celles qui se caractérisent par une volonté d'échanges mutuels et dans l'intérêt des deux parties. Ces principes sont les suivants :

- a) La motivation contractuelle ;
- b) La liberté et la responsabilité contractuelles ;
- c) La commutativité contractuelle ;
- d) Les droits subjectifs.

Quel sens doit-on donner à ces fondements et comment se déploient-ils au sein de la théorie contractuelle ? Ce sont les questions qui seront examinées dans la présente section.

A. La motivation contractuelle

Pour simplifier, je résumerai ce principe ainsi : on conclut un contrat dans son intérêt, essentiellement égoïste. Un contractant vise à améliorer son sort¹² et non celui de la société, n'en déplaie à certaines théories contrac-

¹⁰ *Stations de la Vallée de St-Sauveur inc. c. M.A.*, 2010 QCCA 1509, par. 82

¹¹ Marie Annik GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010.

¹² Voir par exemple Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, n° 1997, p. 1150, qui écrivent que toutes les prétentions de solidarité ou fraternité peuvent faire paraître le devoir de coopération comme « une quadrature du cercle puisque “dans la pratique des affaires, chacun défend son propre intérêt” » (références omises). Mais, ils concluent tout de même que ce devoir

tuelles¹³. Ce sont les avantages et intérêts personnels retirés du contrat qui constituent les sources de motivation à la conclusion de celui-ci¹⁴. D'ailleurs, il n'existe, à ma connaissance, aucune décision où un tribunal a validé un contrat sans aucun intérêt pour une des parties sur la base d'une théorie fondée sur une utilité sociale ou analyse économique du droit¹⁵. Cela explique que la bonne foi impose, comme le démontrera les tenants et aboutissants du devoir de coopération, qu'on ne puisse par les clauses du contrat ou ses agissements nuire à l'intérêt de l'autre partie, au point de rendre le contrat inutile dans son cas.

Cependant, comme le démontre bien l'arrêt 6362222 *Canada inc. c. Prelco inc.*¹⁶, ce seul critère d'intérêts ou de bénéfices personnels peut être insuffisant, ou du moins restreint, en certaines circonstances. Pour rappel, cette affaire met en cause la validité d'une clause de non-responsabilité négociée de gré à gré entre deux personnes morales que la Cour qualifie

est utile même dans cette perspective d'intérêt propre puisque la coopération sera profitable pour chacune des parties à long terme.

¹³ Pensons, entre autres exemples, à la théorie dite « du juste et de l'utile » de Jacques Ghestin, où « l'utile » est envisagé comme une utilité sociale plutôt qu'individuelle; voir Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 248 et suiv. Or, une telle théorie, qui nie l'intérêt individuel, est particulièrement dommageable dans un contexte où des contractants puissants peuvent imposer leurs conditions à des contractants plus vulnérables. Songeons entre autres aux contrats de consommation ou d'adhésion, pour lesquels les clauses abusives peuvent d'ailleurs faire l'objet d'un contrôle.

¹⁴ Voir notamment sur cette question: Rudolph VON JHERING, *L'esprit du droit romain*, t. 4, 3^e éd., trad. de O. de MEULENAERE, Paris, Chevalier-Marescq, 1888, p. 321; Paul-André CRÉPEAU, avec la collab. d'Élise M. CHARPENTIER, *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec: valeurs partagées?*, Scarborough, Carswell, 1998, p. 10-12; François OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 13. Jean Carbonnier résume bien la situation: « Ce sont [les contrats], selon l'expression de la psychologie sociale, des formes de *coopération antagoniste*. Entendons que, par des moyens communs, de pure opportunité, chacun des contractants cherche à atteindre des fins propres, et qu'un conflit est latent sous la coopération »: Jean CARBONNIER, *Droit civil: les biens, les obligations*, 2^e éd., coll. « Quadrige Manuels », Presses universitaires de France, 2017, n° 1030, p. 2119.

¹⁵ Même les tenants de telles théories d'utilité sociale peinent à faire la démonstration de l'utilité sociale comme fondement contractuel au-delà d'exemples où ledit bien commun n'est pas la somme des intérêts individuels. Voir par exemple J. GHESTIN, préc., note 13, n° 250, p. 224, qui s'exprime ainsi: « Laisser aux individus un pouvoir d'initiative dont ils recueilleront les fruits sous forme d'avantage personnel est un moyen de les faire collaborer à la recherche d'un bien commun. »

¹⁶ 6362222 *Canada inc. c. Prelco inc.*, 2021 CSC 39 (ci-après « *Prelco* »).

« d'avisées ». Cette clause affecte grandement, mais pas totalement, les obligations essentielles du contrat¹⁷, et donc, il va sans dire, l'utilité de ce dernier pour une des parties. Or, dans la mesure où cette clause n'entraîne pas qu'une des parties peut entièrement se soustraire à ses obligations, la Cour juge que même si elle a un impact important sur la responsabilité contractuelle d'un des cocontractants en cas d'inexécution des obligations essentielles, cette clause est valide dans le contexte de parties égales, ou du moins, où un déséquilibre n'est pas flagrant et caractérisé¹⁸. On peut donc retenir de cet arrêt que l'utilité est un élément essentiel, mais qui ne pourra être contrôlé qu'en certaines circonstances, dont, notamment, la véritable possibilité des parties à pouvoir exercer leur liberté de veiller à leurs intérêts.

Cette conclusion nous conduit au deuxième fondement de la théorie contractuelle identifié, soit les notions de liberté et de responsabilité contractuelles, envisagées ici comme les revers d'une même médaille.

B. La liberté et la responsabilité contractuelles

La volonté continue de jouer un rôle très important au sein du contrat, et même d'en constituer un pilier. D'abord, le contrat se forme par la « rencontre des volontés »¹⁹, soit la manifestation de la volonté d'accepter l'offre effectuée²⁰. Ensuite, selon la philosophie libérale qui domine toujours le droit des obligations québécois, la volonté est envisagée comme un instrument de mesure, de régulation. Dans un véritable contexte d'égalité entre les parties, la volonté est probablement le meilleur instrument pour juger de l'utilité subjective d'un contrat. On conclut un contrat dans son intérêt et cette conclusion se fait par le consentement, qui n'est autre chose que la manifestation extérieure de la volonté. La volonté joue ainsi à la fois les rôles de justification et d'élément fondamental de la force obligatoire du contrat²¹. Le contrat doit être respecté parce qu'il a été voulu. Il a été voulu

¹⁷ Pour une excellente analyse, pré-arrêt *Prelco*, sur l'obligation essentielle, voir Charlotte DESLAURIERS-GOULET, *L'exonération conventionnelle de responsabilité confrontée à l'obligation essentielle du contrat*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université de Montréal, juin 2015.

¹⁸ *Prelco*, préc., note 16, notamment aux paragraphes 30, 38, 48, 49 et 88.

¹⁹ Il s'agit de l'expression couramment utilisée, le mot utilisé à l'article 1385 C.c.Q. étant plutôt celui d'« échange » des consentements.

²⁰ Art. 1385 C.c.Q.

²¹ Voir notamment François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1954, n° 172 et suiv.

parce qu'il représente le meilleur intérêt subjectif de chaque partie qui y consent.

Pour que cette logique fonctionne, la liberté contractuelle ne doit pas être anéantie par la volonté d'autrui lors de la conclusion du contrat²². Dans la mesure où la volonté est conçue comme l'instrument de la satisfaction des intérêts, le but de la liberté est de s'assurer que chacun puisse effectivement protéger ses intérêts propres. Dans le cas contraire, la partie vulnérable doit pouvoir bénéficier d'une protection, y compris par l'intervention judiciaire, pour contrôler les effets excessifs de son asservissement. Comme le mentionne d'ailleurs l'arrêt *Prelco*, on doit à ce principe de liberté dans un contexte d'égalité la protection offerte à la partie désavantagée dans les contrats de consommation et d'adhésion, puisque « ces deux types de rapports contractuels ne favorisent pas pleinement la réalisation de l'idéal de justice contractuelle fondé sur l'autonomie absolue de la volonté »²³. En effet, lorsqu'une partie n'est pas en mesure d'exercer sa liberté et ne peut que se faire imposer le « règlement privé » de l'autre partie, « [c]'est la protection du consommateur qui prime la liberté contractuelle, et non le contraire »²⁴.

Ce dernier commentaire est très important pour bien saisir le rôle dévolu à la bonne foi. Celle-ci interviendra essentiellement dans un contexte de vulnérabilité d'une partie dans la possibilité de gérer elle-même ses intérêts, c'est-à-dire les cas où elle ne peut l'effectuer efficacement elle-même. L'intervention judiciaire s'en trouve ainsi légitimée, de même qu'un critère de commutativité raisonnable. Comme il sera plus amplement expliqué dans la section concernant l'exercice des droits subjectifs, le test sera celui du comportement déraisonnable, critère objectif de l'examen du comportement²⁵, de la partie avantagée et pourra essentiellement se résumer ainsi :

²² Voir par exemple une critique sur le rapprochement « dogmatique » entre la liberté contractuelle et le principe de l'autonomie de la volonté, même au péril de la protection du consommateur : Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, n° 70, p. 65.

²³ *Prelco*, préc., note 16, par. 49.

²⁴ *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio-Direct inc.*, [2008] 2 R.C.S. 195, par. 38. Voir aussi Pascal ANCEL, « La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre? », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 163, à la p. 174.

²⁵ L'arrêt *Churchills Falls* a bien établi que la bonne foi, contrairement à l'équité, s'attarde spécifiquement au comportement des parties et non au strict contenu du contrat :

la partie forte a-t-elle profité de sa position prédominante pour imposer des conditions contractuelles à ce point désavantageuses que la partie en situation de vulnérabilité ne les aurait pas « acceptées » n'eût été de son incapacité factuelle à pouvoir assurer la sauvegarde de ses intérêts?

La vulnérabilité de la partie qui réclame l'intervention judiciaire est essentielle puisque la liberté entraîne la responsabilité. Ainsi, comme le mentionnait le juge Gonthier dans l'arrêt *Bail*²⁶, chacun est maître de ses intérêts et a la responsabilité de veiller à ceux-ci. Une partie qui néglige de saisir l'opportunité qu'elle possède de prendre ses affaires en charge ne pourra se plaindre du fait que son cocontractant n'a pas assumé ce rôle à sa place. En effet, si un tel comportement de veiller aux intérêts d'autrui était exigé d'une partie en situation d'égalité, son cocontractant ne serait pas entièrement libre d'agir en fonction de ses intérêts propres, de ses propres motivations subjectives. Il devrait se soumettre à des contraintes importantes, ce qui est incompatible avec un exercice libre. C'est la raison pour laquelle, dans un contexte d'égalité et en l'absence de comportement fautif d'un des contractants, la commutativité subjective doit être respectée, y compris par le juge, conformément aux principes de l'immutabilité contractuelle.

Ainsi, par exemple, une partie ne pourra blâmer son cocontractant qui aurait fait défaut de lui fournir certaines informations alors que celles-ci étaient aisément accessibles²⁷. On voit d'ailleurs l'illustration de ce principe dans la notion d'erreur inexcusable²⁸.

À la liberté contractuelle, il faut donc joindre la responsabilité de veiller à ses intérêts, responsabilité qui sera modulée en fonction de la capacité réelle de la partie à gérer lesdits intérêts. En contexte de vulnérabilité, la partie pourra bénéficier d'une protection judiciaire, notamment en s'appuyant sur l'obligation de bonne foi. En contexte d'une relative égalité

Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec, préc., note 7. D'ailleurs, pour une excellente analyse sur la distinction entre la bonne foi et l'équité, voir Claudia GIROUX-GAMACHE, *Équité et bonne foi : perspectives historiques et contemporaines sur les distinctions fondamentales entre ces deux outils de justice contractuelle*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université de Montréal, juin 2022.

²⁶ *Banque de Montréal c. Bail*, [1992] 2 R.C.S. 554, notamment aux pages 586 et suiv.

²⁷ Voir par exemple *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.) et *Trust La Laurentienne du Canada c. Losier*, J.E. 2001-254 (C.A.).

²⁸ Art. 1401 C.c.Q.

entre les parties, la volonté des parties jouera son rôle de régulation et devra être respectée. Parmi les arrêts récents militant en ce sens, on peut ajouter à l'arrêt *Prelco* déjà discuté l'arrêt *Churchill Falls*²⁹, où la Cour suprême refuse un recours basé sur la bonne foi entrepris par la compagnie Churchill Falls puisque celle-ci n'est pas en situation de vulnérabilité ni au moment de la formation du contrat ni par les termes de ce dernier. Dans un tel contexte, d'autant lorsque les parties bénéficient d'une équipe de procureurs, la Cour établit clairement qu'il n'est pas interdit pour un des cocontractants de tirer profit du contrat, même d'une manière insoupçonnée, tant que son comportement n'est pas fautif. Bien au contraire, le principe de la motivation à la conclusion d'un contrat, dont nous avons déjà discuté, milite en faveur du maintien intégral du contrat profitable. Ce droit au profit sera d'ailleurs réitéré lors de l'analyse de la notion de droit subjectif.

C. La commutativité contractuelle

Ce principe comporte deux dimensions différentes qui apparaissent essentielles à une saine justice contractuelle. La première concerne la définition de la commutativité contractuelle. La seconde clarifie l'importance de l'intervention judiciaire pour le respect des préceptes de justice et d'équilibre contractuels. J'examinerai chacune de ces dimensions en commençant par définir la commutativité contractuelle.

Premièrement, dans un contrat synallagmatique, traditionnellement, on a considéré que l'équilibre contractuel impliquait l'égalité mathématique des prestations. Or, dans les faits, en plus d'être difficile à établir, cette conception ne tient pas compte de la complexification des termes contractuels, notamment la multiplication des clauses qui régissent non plus seulement la prestation principale, mais de nombreux éléments accessoires de la relation des parties. C'est pourquoi il apparaît plus réaliste d'envisager que l'équilibre du contrat résulte d'« une juste répartition des charges et profits »³⁰ au sein de ce dernier. Selon cette caractérisation, que l'on pourrait qualifier d'équilibre normatif, il faut considérer l'ensemble des droits et devoirs de chacune des parties, soit autant les clauses relatives à la prestation principale (ex. le prix) que celles dites accessoires, telles les

²⁹ *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, préc., note 7.

³⁰ A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 8, n° 224, p. 130.

clauses d'exonération de responsabilité, les clauses pénales ou les clauses de résiliation unilatérale. C'est l'ensemble de ces droits et devoirs qui établit l'équilibre du contrat.

En présence d'un contrat synallagmatique, cet équilibre sera préservé selon les principes de justice commutative, aussi appelée justice « corrective », notamment par la Cour suprême dans l'arrêt *Churchill Falls*³¹. Cette justice vise à rétablir l'équilibre initial lorsqu'il est rompu par le comportement d'une partie, mais ne vise par ailleurs aucunement à procurer un avantage³². Ce constat entraîne deux conséquences. D'abord, toujours comme spécifié dans l'arrêt *Churchill Falls*, aussi importante soit la bonne foi en droit québécois, elle ne peut transformer le fondement de justice commutative en justice distributive³³, ou autrement dit, en un mode de répartition des bénéfices ne tenant pas compte de l'équilibre contractuel et se fondant sur d'autres facteurs de répartition des biens³⁴. Dans cette affaire, Churchill Falls réclame les profits inespérés tirés par Hydro-Québec de sa vente de l'électricité produite à la centrale de Churchill Falls, ce qui lui est refusé. Effectivement, accéder à une telle demande modifierait les fondements du droit des obligations puisque Churchill Falls recevrait un nouvel avantage allant bien au-delà de ce qui a été conclu, soit le prix fixe, qu'elle a d'ailleurs elle-même exigé lors de la négociation du contrat, prévu pour la vente d'électricité à Hydro-Québec. Il n'est nullement question d'assurer l'utilité ou la pertinence du contrat. La survie du contrat n'est nullement en péril. Churchill Falls veut tout simplement pouvoir elle aussi tirer profit de l'augmentation imprévue des tarifs d'électricité sur le marché de l'exportation. En d'autres termes, elle veut mettre fin au contrat actuel pour en établir un autre où le prix obtenu pour la vente de l'électricité serait plus élevé, ce qui constituerait, dans les faits, un tout nouveau contrat ou du moins une véritable réécriture du contrat, dérogeant entièrement aux principes fondamentaux du droit des obligations. Une telle opération serait particulièrement dangereuse pour la stabilité des contrats. Pensons par exemple à tous ces locataires qui se font évincer de leur logement, sous le

³¹ *Id.*, par. 125.

³² Pour une définition de la justice commutative, voir CENTRE PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU DE DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, *Dictionnaires de droit privé et lexiques bilingues*, terme « justice commutative », en ligne : <<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/show/21104?source=>>> (consulté le 1^{er} juin 2023).

³³ *Churchill Falls (Labrador) Corp.*, préc., note 7, par. 125.

³⁴ Sur la différence entre les deux notions, voir notamment M. A. GRÉGOIRE, préc., note 11, p. 21-22.

prétexte que le marché permettrait au locateur de louer le logement à un prix beaucoup plus élevé. Si on tolère l'argument d'une volonté de plus grands profits induits par la nouvelle réalité du marché pour deux personnes morales disposant de grands moyens et d'une batterie d'avocats, qu'en sera-t-il de la protection des droits des contractants vulnérables? Le marché ne peut et ne doit pas permettre de réécrire le contrat.

Deuxièmement, la justice commutative légitime l'intervention judiciaire. Plusieurs grands philosophes, dans leurs écrits, prévoient que la justice commutative implique nécessairement la présence d'un arbitre neutre, tiers aux parties impliquées. Ainsi, Aristote voit dans le juge un intermédiaire essentiel au maintien de la justice commutative: «Aller devant le juge, c'est se mettre en face de la notion même de juste, car l'idéal du juge, c'est d'être le juste personnifié. [...] Le juge, donc, restaure l'égalité.»³⁵ Comme l'explique Thomas d'Aquin, cette égalité est à la base même de la conception de justice commutative³⁶. Sans l'égalité effective ou restaurée, il est donc impossible de parler de justice. Pour sa part, Kant affirme que cette organisation s'inscrit parfaitement dans le rôle qu'il attribue à la loi en tant que gestionnaire de la coexistence des libertés individuelles³⁷. Le juge est donc le gardien de l'équilibre, envisagé comme un postulat de la théorie contractuelle, et lui retirer ce rôle, sous des prétentions souvent mal fondées de risques pour la stabilité juridique des contrats, dénature les principes de la justice commutative. On ne peut prétendre aux effets impératifs d'une théorie si l'on n'en respecte pas les préceptes fondamentaux. Autrement dit, l'intervention judiciaire est essentielle au respect, par les parties, des principes de justice commutative, y compris les principes de responsabilité contractuelle qui en découlent. En l'absence d'une telle intervention, les préceptes de la justice commutative ne peuvent qu'être théoriques, sans aucune forme d'effectivité. Il ne faut pas être naïf; c'est la crainte d'une sanction judiciaire qui favorise le respect des normes contractuelles. Comme

³⁵ ARISTOTE, *L'éthique à Nicomaque*, livre V, trad. par René Antoine GAUTHIER et Jean Yves JOLIF, Paris, Publications Universitaires, 1970, n° 1132, a. 19-24; voir une explication sur ce point vue d'Aristote dans Ernest J. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, p. 65.

³⁶ THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, trad. française par M. S. GILLET, Paris, Revue des jeunes, 1932, IIa – IIae, quest. 61, art. 2.

³⁷ EMMANUEL KANT, *Métaphysique des mœurs – Doctrine du droit*, trad. par A. PHILONENKO, 2^e éd., coll. «Bibliothèque des textes philosophiques», Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1979, p. 104.

le dit le professeur Popovici, qui dit absence de sanction, dit absence de droit³⁸.

Il revient donc au juge de vérifier que les droits et devoirs des parties font l'objet d'un certain équilibre et que ce dernier est préservé – ce qui est différent de modifier –, particulièrement lorsqu'une partie est en situation de vulnérabilité contractuelle. Les facteurs d'évaluation de cet équilibre restent encore à être identifiés. Ceux-ci seront basés sur la notion de droit subjectif.

D. Les droits subjectifs

En droit civil, les droits subjectifs sont très certainement un élément dominant du contrat. Le contrat est conçu comme un instrument visant l'échange ou la création de droits subjectifs. Le meilleur exemple de droit subjectif est le droit de propriété sur un bien.

Le droit subjectif n'est pas une notion qu'il est aisé de définir³⁹. C'est pourquoi ne seront ici retenus que certains éléments qui apparaissent fondamentaux, sans se prononcer sur les diverses controverses ou visions de celui-ci, notamment quant à son rôle social ou non⁴⁰. Selon les éléments retenus, le droit subjectif comporte un intérêt protégé et une prérogative d'action. Cette prérogative est un espace dans lequel le titulaire peut user de son droit en toute liberté, ayant pour seule limite les frontières fixées

³⁸ Adrian POPOVICI, « De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté? », dans *Conférences Meredith Lectures 1998-1999 : La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics. The Continued Relevance of the Law of Obligations : retour aux sources*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 49, à la p. 72.

³⁹ Plusieurs auteurs sérieux ont tenté et tentent toujours de définir la notion de droit subjectif, sans que leur conception ne réussisse à faire l'unanimité. Il y aurait à peu près autant de définitions du droit subjectif que d'auteurs qui ont écrit sur le sujet, selon certains. Je n'ai donc pas la prétention d'y parvenir, surtout que j'ai pu constater au fil de mes lectures que la définition de chacun est nécessairement tributaire de la conception philosophique, contemporaine, positiviste, réaliste ou idéaliste qu'il se fait du milieu social. Il est certain qu'un juriste qui fonde sa vision sociale sur une thèse à tendance solidariste ne pourra concevoir le droit subjectif de la même manière qu'un juriste aux idées fortement individualistes.

⁴⁰ Pour une étude de diverses théories concernant la notion de droit subjectif, voir M. A. GRÉGOIRE, préc., note 11, p. 119 et suiv.

par la législation, ce qui inclut les limites fixées par le respect du droit subjectif d'autrui⁴¹. Un tel exercice libre implique que son titulaire agisse dans son intérêt propre⁴², si telle est sa volonté. Par exemple, chacun peut, dans sa liberté d'exercice de son droit de propriété, faire ce qu'il souhaite du bien, comme le vendre ou le détruire. Ainsi, l'exercice libre conféré par le droit subjectif est incompatible avec un devoir d'agir en priorisant les intérêts d'autrui, si une telle priorisation ne résulte pas de la volonté de son titulaire.

La liberté conférée par les droits subjectifs implique aussi que le titulaire possède un certain droit de nuire à autrui dans l'exercice de son droit⁴³, encore une fois, tant qu'il agit dans certains paramètres, qui en droit civil québécois consistent en les actes posés par une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances⁴⁴ ou, en matière de voisinage, en les inconvénients normaux⁴⁵. Par exemple, un propriétaire foncier peut planter un arbre sur son terrain pour se procurer de l'ombre en ce contexte de réchauffement climatique, même si ledit arbre risque d'assombrir quelque peu ou de priver de lumière du soleil le terrain du voisin, mais à la condition que la nuisance ne constitue pas la motivation première du geste posé⁴⁶. Cette prérogative est par ailleurs socialement reconnue et protégée, en ce qu'elle peut faire l'objet d'un recours en justice par son titulaire.

Ainsi, à l'intérieur des standards sociaux permis, l'exercice du droit peut s'effectuer de manière à faire du profit. La bonne foi n'interdit pas le profit, tant que ce profit soit conforme aux principes de l'exercice raisonnable du droit et n'implique donc pas, entre autres choses, l'exploitation de la vulnérabilité, le cas échéant, du cocontractant.

⁴¹ *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392.

⁴² Pour certains auteurs, c'est le destinataire de l'intérêt qui distingue justement le droit subjectif du pouvoir; voir Madeleine CANTIN CUMYN et Michelle CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, 2^e éd., coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° 91, p. 82.

⁴³ Concernant le droit de nuire à autrui, voir Juliana KARILA DE VAN, « Le droit de nuire », *RTD civ.* 1995.533.

⁴⁴ Art. 1457 C.c.Q.

⁴⁵ Art. 976 C.c.Q.

⁴⁶ Art. 7 C.c.Q.

II. L'illustration jurisprudentielle des fondements de la bonne foi : le devoir de coopération dans les contrats relationnels.

Selon les paramètres de la grille développée en première partie, la bonne foi prévue à l'article 1375 C.c.Q. permet au juge d'exiger que le contrat soit raisonnablement utile pour les deux parties et dans le cas contraire, il pourra intervenir en ce sens. La bonne foi transforme en quelque sorte une justice contractuelle purement subjective, basée sur la pure volonté des parties, en une justice objective, basée sur l'exercice raisonnable du droit. Il est permis de faire du profit, tant que cela n'est pas fait d'une manière déraisonnable.

Cependant, il faut ajouter une condition : parce que le principe de la liberté contractuelle est un fondement du système de droit civiliste québécois et que cette liberté entraîne avec elle la responsabilité de veiller à ses intérêts, le juge ne sera autorisé à intervenir que dans les cas où les parties ne sont pas de force égale, c'est-à-dire quand l'une d'elles est en mesure d'imposer sa volonté à l'autre ou que les circonstances induisent chez l'une ou l'autre une grande vulnérabilité. La bonne foi ne vise pas à déresponsabiliser tous et chacun dans la gestion de leurs affaires.

Sur la base de cette grille, il apparaît plus aisé de bien saisir les raisonnements prétoriens concernant l'obligation de collaboration découlant de la bonne foi. Il n'est pas non plus surprenant de constater que le terrain fertile de cette obligation de collaboration est le contrat dit relationnel, ou si l'on préfère, le contrat qui met l'accent sur la relation, souvent de longue durée, entre les parties, plutôt que sur des prestations très bien définies⁴⁷. Les contrats relationnels sont le plus souvent des contrats dits « cadres » qui assurent une coordination entre les parties, mais sans que leurs prestations précises soient toujours précisément identifiées. Ce type de contrat oblige les parties à être en communication étroite afin d'en assurer l'exécution. Parmi les contrats relationnels typiques, on retrouve

⁴⁷ Voir Jean-Guy Belley qui définit le contrat relationnel comme « celui qui établit les normes d'une collaboration étroite que les parties souhaitent maintenir à long terme » : Jean-Guy BELLEY, « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », dans *Conférences Meredith Lectures 1998-1999*, préc., note 38, p. 137, aux p. 139-140.

les contrats de franchise, par lesquels les franchiseurs acquièrent, le plus souvent, un grand pouvoir de contrôle des opérations de leurs franchisés.

Pour illustrer les fondements expliquant l'obligation de collaboration, deux exemples tirés de la jurisprudence en matière de contrats de franchise seront examinés, soit les arrêts de la Cour d'appel du Québec, *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*⁴⁸ et *Dunkin' Brands c. Bertico inc.*⁴⁹. Mais auparavant, il paraît important de définir largement le devoir de collaboration découlant de l'obligation de bonne foi.

Généralement, les auteurs définissent ce devoir comme imposant un « comportement actif », exigeant de son débiteur des gestes proactifs qui vont au-delà de simplement ne pas nuire à son cocontractant⁵⁰. Tel que le démontreront les deux exemples jurisprudentiels étudiés, des gestes proactifs du franchiseur sont nécessaires au maintien de conditions contractuelles favorables. On assure ainsi l'utilité et la pertinence du contrat pour les deux parties⁵¹.

A. *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*

Cet arrêt de la Cour d'appel du Québec⁵² concerne le litige entre un franchiseur et un franchisé, où ce dernier reproche au franchiseur de lui faire une concurrence déloyale en développant de nouveaux entrepôts à grande surface avec une politique de vente à rabais « everyday low price » (expression utilisée par la Cour d'appel) de la marchandise. L'ouverture de ces nouveaux magasins constitue une concurrence directe pour le franchisé. De même, malgré cette nouvelle stratégie commerciale, le franchiseur impose

⁴⁸ *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.).

⁴⁹ *Dunkin' Brands c. Bertico inc.*, 2015 QCCA 624.

⁵⁰ Voir par exemple, D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 12, n° 1997, p. 1149. Voir notamment en jurisprudence, en plus des exemples étudiés, *126232 Canada inc. c. 2957-8705 Québec inc.*, [2002] R.D.I. 307 (C.S.), appel accueilli en partie sur un autre point: J.E. 2004-491 (C.A.), où il a été reproché au locateur de ne pas prendre tous les moyens, y compris judiciaires, pour que le locataire principal, attirant la clientèle au centre commercial (« anchor tenant »), respecte son bail et demeure ouvert dans les lieux loués.

⁵¹ Comme le mentionne une autrice, « [l]e fait de fonder [l'intervention] judiciaire du contrat sur la conciliation des intérêts devrait atténuer la crainte d'une partie de la doctrine estimant qu'un tel pouvoir est source d'insécurité et d'arbitraire. »: A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 8, n° 863, p. 574.

⁵² Préc., note 48.

tout de même que le franchisé continue, selon les termes de son contrat de franchise, à se procurer, pour ses magasins, la marchandise vendue à rabais dans ces grandes surfaces à un prix plancher plus élevé. Il résulte du prix de « gros » payé par le franchisé que ce dernier doit nécessairement lui-même revendre au détail cette marchandise à un prix nettement supérieur à celui proposé dans ces nouvelles grandes surfaces, ce qui nuit indubitablement à l'achalandage. Par ailleurs, le contrat de franchise ne contient aucune clause interdisant au franchiseur de concurrencer directement son franchisé. Pourtant, la Cour d'appel donne raison au franchisé en s'exprimant en ces termes :

Aussi, il paraît difficile de poser comme règle générale qu'un franchiseur ne puisse jamais, et d'aucune manière, exercer une activité ayant pour effet de concurrencer ses franchisés dans un marché en perpétuelle évolution et où l'adaptation constante des techniques commerciales aux fluctuations du marché et aux goûts du public sont, pour lui, une question de vie ou de mort économique. Ainsi, on ne saurait, dans le présent dossier, exiger de Provigo qu'il refuse systématiquement de contrer la concurrence des compétiteurs d'Héritage, uniquement parce que ce combat risque de causer aussi un certain préjudice à son franchisé. Ce serait le tenir à l'impossible et le condamner à mort. La faute ne saurait donc nécessairement et de façon absolue se situer dans l'exercice à l'endroit de la concurrence, d'une pratique ou d'une restructuration des méthodes de mise en marché, à condition, toutefois, que celles-ci soient faites de bonne foi, ne soient pas dirigées contre son franchisé et n'aient pas pour conséquence de vider ainsi la franchise de ses avantages.

[...]

[L]'une des obligations fondamentales du franchiseur à l'endroit du franchisé est celle d'assistance technique et commerciale, [...] donc de collaboration. [...] Il doit [...] aussi, en raison de l'obligation de bonne foi et de loyauté [...], faire bénéficier celui-ci de son assistance technique, de sa collaboration donc de ses nouveaux outils ou, au moins, trouver d'autres moyens de maintenir la pertinence du contrat qui le lie pour que les considérations motivant l'affiliation ne soient pas rendues caduques ou inopérantes.⁵³

Il est intéressant de bien le noter : la Cour spécifie qu'elle ne reproche pas au franchiseur Provigo la concurrence qu'il fait à ses franchisés par le biais d'autres bannières lui appartenant. Cet énoncé est conforme aux fondements de la liberté contractuelle et des principes guidant l'exercice des

⁵³ *Id.*, 58-59.

droits subjectifs, qui autorisent, dans l'exercice libre du droit, une certaine nuisance à autrui. Cependant, pour être sans reproche, il est impératif que cette concurrence soit effectuée conformément aux exigences de la bonne foi⁵⁴.

Comment concilier les principes fondamentaux examinés ci-haut et l'analyse de la Cour d'appel? Dans cette affaire, le franchiseur jouit d'une position de domination sur ses franchisés, notamment en contrôlant jusqu'à 90 % des opérations de ceux-ci (approvisionnement, sites des entreprises, financement, publicité). Le contrat est bien un contrat-cadre s'appuyant sur la relation étroite entre les parties. Il y a donc domination d'une partie sur l'autre dans le cadre d'un contrat relationnel et il en résulte une grande restriction de liberté pour les franchisés à pouvoir assurer la sauvegarde de leurs propres intérêts. Ce contexte particulier fait en sorte que le franchiseur, lorsqu'il développe d'autres bannières faisant compétition à ses franchisés, doit adopter un comportement par lequel il s'assure de tenir compte de l'intérêt contractuel de ces derniers et de veiller à maintenir la pertinence du contrat pour ceux-ci, en leur fournissant divers outils et stratégies pour minimiser l'impact de cette concurrence et leur permettre de se repositionner sur le marché⁵⁵. Le non-respect de ces devoirs relevant de l'obligation de collaboration constitue une faute civile qui entraîne la responsabilité du franchiseur pour les dommages causés à son franchisé, soit, dans la présente affaire, un montant de plus de 2 000 000 \$⁵⁶.

B. *Dunkin' Brands c. Bertico inc.*

Ce même raisonnement de collaboration dans le cadre d'un contrat de franchise est repris dans l'arrêt *Dunkin' Brands c. Bertico inc.*⁵⁷ en 2015. Cet arrêt de la Cour d'appel concerne le recours de plusieurs franchisés de comptoirs de restauration rapide Dunkin' Donuts. Ceux-ci ont subi des dommages parce que la compagnie-mère n'a pas pris tous les moyens pour protéger et rehausser le prestige de la marque. Parmi les éléments reprochés à la compagnie-mère, on mentionne notamment qu'elle n'a pris tous

⁵⁴ *Id.*, 59-60.

⁵⁵ *Id.*, 60-61.

⁵⁶ 45 995 \$ pour Supermarché A.R.G. inc. et 2 148 459 \$ pour Supermarché Frontenac inc. Les deux entreprises appartenaient à la même personne. À ces montants, s'ajoutent les intérêts et l'indemnité additionnelle, de même que 103 000 \$ en frais d'expertise.

⁵⁷ Préc., note 49.

les moyens raisonnables à sa disposition pour assurer la propreté (notamment des toilettes) et la rénovation des commerces à travers tout le réseau des comptoirs Dunkin' Donuts, alors qu'un laisser-aller de plusieurs autres franchisés sur ces points nuisait de plus en plus à « l'expérience client » et, de ce fait, au prestige de la marque. La compagnie-mère a de même négligé de fournir du personnel compétent pour assister les franchisés à bien assurer la gestion de leur entreprise et de prendre les moyens publicitaires pour contrer cette même dévaluation de la marque, malgré la montée de la puissante marque concurrente Tim Hortons. Bref, les franchisés ont été quelque peu laissés à eux-mêmes, au détriment de la réputation de la marque Dunkin' Donuts, avec les baisses d'achalandage en résultant.

La Cour d'appel juge que la compagnie-mère n'a pas respecté son obligation de collaboration et est responsable des dommages subis par les franchisés. Malgré que la compagnie-mère ait plaide abondamment que l'obligation de collaboration au maintien de la renommée de la marque n'est pas explicitement inscrite au contrat, la Cour d'appel juge qu'elle a manqué à son devoir de collaboration. Dans un contexte de grande vulnérabilité décisionnelle des franchisés, l'entreprise n'a pas veillé à maintenir la pertinence du contrat pour ceux-ci. Conformément à ce devoir, il était de l'obligation de la compagnie-mère « to assist its franchisees, to supervise the network and to collaborate with them by proposing reasonable measures to combat a competitor who, in the longer term, threatens the value of the brand for both parties »⁵⁸.

Dans cette affaire, la Cour prend par ailleurs bien la peine de spécifier que les obligations implicites du franchiseur ne découlent aucunement d'une quelconque forme de solidarisme contractuel, puisque la reconnaissance d'un devoir basé sur un tel prétendu solidarisme résulterait en une modification profonde et non codifiée des fondements de la théorie contractuelle. Elle explique bien que les parties ont le droit de tirer profit du contrat et que l'obligation de bonne foi n'implique pas des pratiques altruistes où le cocontractant devrait renoncer à tout profit ou tout avantage au bénéfice de son cocontractant : « [T]he obligation of good faith does not displace the “legitimate pursuit of economic self-interest” that is at the core of freedom of contract. »⁵⁹ Le devoir de collaboration est plutôt basé sur l'exigence d'adopter un comportement raisonnable envers son cocontractant et non

⁵⁸ *Id.*, par. 75.

⁵⁹ *Id.*, par. 74.

de lui conférer un avantage indu. Une partie qui domine son cocontractant doit agir de manière à assurer le maintien de la pertinence du contrat pour la partie asservie. Le non-respect de ce devoir par la compagnie-mère entraîne une condamnation à près de 11 000 000 \$ pour pertes de profits et coûts de rénovations, à diviser entre les franchisés ayant pris part aux recours.



La bonne foi, et particulièrement le devoir de coopération qu'elle génère, entraîne un bon nombre de mythes et préjugés. Parmi ceux-ci, on retrouve ceux voulant que la bonne foi impose des obligations insoupçonnées pour les parties, sur une base plus ou moins arbitraire, et qu'elle implique la négation de ses propres intérêts, le sacrifice de ceux-ci au nom d'un supposé solidarisme contractuel. Or, lorsqu'on analyse les fondements du droit des obligations, on constate aisément qu'au contraire, la bonne foi a pour objectif la réalisation des intérêts personnels par le maintien de la pertinence du contrat pour les deux parties. Le droit privé québécois n'a pas pour fondement des valeurs altruistes⁶⁰. Qu'on le veuille ou non, le modèle québécois est celui d'une société libérale. L'idéologie libérale n'oblige pas à agir de manière à favoriser les intérêts d'autrui, surtout si de tels actes impliquent une abnégation de ses propres intérêts, et le droit québécois ne comporte donc pas une telle obligation générale d'altruisme. Il en est de même pour l'un des mythes les plus tenaces, soit celui voulant que l'intervention judiciaire au nom de la bonne foi soit une attaque au principe de l'autonomie de la volonté. Pourtant, lorsqu'on étudie ladite intervention à l'aune des fondements de la théorie contractuelle, on constate que l'intervention judiciaire afin de faire valoir le devoir de collaboration est essentielle à la justice contractuelle si chère aux tenants de la théorie de l'autonomie des volontés. L'opposition manifestée par les détracteurs à l'intervention judiciaire nous apparaît donc comme un détournement des finalités des principes directeurs de la théorie fondamentale des obligations en ce qu'elle ne se peut se justifier que par une fiction d'égalité contractuelle, le tout au détriment d'une véritable justice contractuelle, même subjective, le consentement n'étant pas exercé dans un réel contexte de liberté.

⁶⁰ En plus de la jurisprudence citée dans cette étude, voir : Nicholas KASIRER, « Agapè », (2001) 53-3 *R.I.D.C.* 575.

Cependant, il faut reconnaître que le seul fait que ce texte présentant l'harmonisation entre les fondements de la théorie contractuelle et l'intervention judiciaire basée sur la bonne foi paraisse encore utile près de 30 ans après l'entrée en vigueur codifiée de cette notion démontre à quel point celle-ci suscite encore la méfiance, ou du moins une forme d'incompréhension. Visiblement, la bonne foi continuera encore longtemps à susciter des débats⁶¹.

⁶¹ Pour rappel, contrairement au *Code civil du Bas-Canada*, le *Code civil français* de 1804 reconnaissait déjà la bonne foi dans l'exécution des obligations à l'article 1134 C.fr. et pourtant, cette notion continue à y faire couler beaucoup d'encre...