

LA DEMEURE, LE DEVOIR DE BONNE FOI ET LA SANCTION EXTRAJUDICIAIRE DES DROITS DU CRÉANCIER

Nathalie Vézina

Volume 26, Number 2, 1996

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1108150ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/12874>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

La demeure, préalable à la mise en oeuvre des droits du créancier, présente des liens importants avec le principe de la bonne foi dans l'exécution de l'obligation. Le souci de favoriser la coopération entre les parties, qui constitue l'une des facettes de la bonne foi, se manifeste tant par l'imposition d'une mise en demeure, droit à la dernière chance du débiteur de s'exécuter, que par une dispense de mise en demeure en faveur du créancier dans certaines circonstances. La demeure n'est pas simplement un prélude à la judiciarisation du litige qui oppose créancier et débiteur : elle constitue également l'élément déclencheur de certaines sanctions dont bénéficie le créancier sans intervention préalable du tribunal, ou sanctions « extrajudiciaires ». L'auteure aborde trois types de sanctions extrajudiciaires - les intérêts pour le retard dans l'exécution de l'obligation, l'exécution en nature par remplacement et la résolution par le seul effet de la loi - et, pour chacun d'eux, analyse le rôle joué par la demeure comme instrument de promotion de la bonne foi des parties.

Cite this article

Vézina, N. (1996). LA DEMEURE, LE DEVOIR DE BONNE FOI ET LA SANCTION EXTRAJUDICIAIRE DES DROITS DU CRÉANCIER. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 26(2), 455–495. <https://doi.org/10.17118/11143/12874>

LA DEMEURE, LE DEVOIR DE BONNE FOI ET LA SANCTION EXTRAJUDICIAIRE DES DROITS DU CRÉANCIER

par Nathalie VÉZINA *

La demeure, préalable à la mise en oeuvre des droits du créancier, présente des liens importants avec le principe de la bonne foi dans l'exécution de l'obligation. Le souci de favoriser la coopération entre les parties, qui constitue l'une des facettes de la bonne foi, se manifeste tant par l'imposition d'une mise en demeure, droit à la dernière chance du débiteur de s'exécuter, que par une dispense de mise en demeure en faveur du créancier dans certaines circonstances. La demeure n'est pas simplement un prélude à la judiciarisation du litige qui oppose créancier et débiteur : elle constitue également l'élément déclencheur de certaines sanctions dont bénéficie le créancier sans intervention préalable du tribunal, ou sanctions «extrajudiciaires». L'auteure aborde trois types de sanctions extrajudiciaires - les intérêts pour le retard dans l'exécution de l'obligation, l'exécution en nature par remplacement et la résolution par le seul effet de la loi - et, pour chacun d'eux, analyse le rôle joué par la demeure comme instrument de promotion de la bonne foi des parties.

*, Professeure à la Faculté de droit, Université de Sherbrooke. L'auteure tient à remercier ses collègues François Tôth et Louis Marquis pour les commentaires qu'ils ont formulés relativement à une version antérieure de ce texte, ainsi que les juges de la chambre civile de la Cour du Québec, district de Québec, pour leurs observations à l'occasion d'une présentation sur le sujet.

SOMMAIRE

Introduction	457
I. L'évolution de la demeure à la lumière du devoir de bonne foi	458
A. Le droit du débiteur à une dernière chance	459
B. Le droit du créancier d'être dispensé d'un rappel à l'ordre de son débiteur	464
1. La demeure par l'effet de la loi	464
2. La demeure par les termes du contrat	466
3. Les cas résiduels de dispense	467
II. L'évolution de la demeure et l'émergence des modes de sanction extrajudiciaires	471
A. La demeure et le calcul des intérêts pour le retard dans l'exécution de l'obligation	472
B. La demeure dans le cas de malfaçons, la dénonciation en matière de vices cachés et l'exécution en nature par remplacement	476
C. La demeure dans l'inexécution substantielle du contrat et la résolution ou résiliation par le seul effet de la loi	485
Conclusion	494

Introduction

À première vue, la demeure apparaît comme un sujet plutôt éloigné des considérations fondamentales associées au devoir de bonne foi. Pour certains, son maintien est même sujet à critique.¹ Pourtant, il s'agit là d'une application concrète de ce principe cardinal du droit des obligations.

La bonne foi se traduit par un ensemble de normes diverses qui, comme le rappelle l'article 1375 C.c.Q., peuvent se rapporter à la naissance, à l'exécution ou encore à l'extinction de l'obligation. L'«exécution» de l'obligation renvoie notamment à la mise en oeuvre du droit à l'exécution de l'obligation. Or, parmi les paramètres généraux mentionnés par le législateur quant à la mise en oeuvre du droit à l'exécution, l'un d'entre eux s'avère particulièrement important au regard du devoir de bonne foi, soit la nécessité de constituer le débiteur en demeure (art. 1590 al. 2 C.c.Q.).

Dans le contexte de la mise en oeuvre du droit à l'exécution, le devoir de bonne foi peut se définir comme celui d'agir avec loyauté, honnêteté et intégrité.² Le comportement de bonne foi suppose un «souci de coopération»³ dont la nécessité de constituer le débiteur en demeure de s'exécuter représente l'une des manifestations. Traduit en termes concrets, le principe de la bonne foi justifie l'octroi au débiteur d'une dernière chance de s'exécuter par le biais de la mise en demeure et, dans certains cas, permet au créancier de se soustraire à cette démarche.

Il convient de se pencher sur le régime juridique de la demeure, afin de déterminer le moment à partir duquel le débiteur doit être considéré

-
1. Sur les critiques relatives à l'imposition d'une mise en demeure et le débat relatif à son abolition, lire N.H. Mograbi, *La mise en demeure*, thèse de doctorat en droit, Paris II, 1976 [non publiée] aux pp. 28-33. Voir aussi J.-C. Boulay, «Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance» (1990) *Rev. Trim. Droit com.* 339 au n° 45.
 2. P.-A. Crépeau, dir., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Montréal, Yvon Blais, 1991, v° «bonne foi»; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1990, v° «bonne foi»; H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1994, v° «bonne foi».
 3. *Vocabulaire juridique*, *ibid.*, v° «bonne foi», 2a; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1996 au n° 315 aux pp. 477-78.

officiellement «en défaut» de s'exécuter. À cet égard, il s'avère essentiel de distinguer la «demeure» et la «mise en demeure». La demeure constitue l'état de la partie dont le défaut de s'exécuter est juridiquement constaté. La mise en demeure, quant à elle, consiste en un rappel qui émane du créancier et par lequel le débiteur est invité à s'exécuter. En principe, la mise en demeure ne coïncide pas avec la demeure : lorsque la mise en demeure est requise, le débiteur dispose d'un délai pour s'exécuter (art. 1495 al. 2 et 1496 C.c.Q.) et, à moins de renoncer à ce délai d'exécution, il ne sera considéré «en demeure» que lorsque ce délai sera écoulé. Toutefois, lorsque le créancier est dispensé de cette démarche préliminaire, le débiteur est constitué en demeure de plein droit, dès la survenance de l'événement qui justifie cette dispense.

L'analyse des conditions requises pour constituer le débiteur en demeure est donc marquée, de façon plus significative qu'il pourrait y paraître au premier coup d'oeil, par la recherche de la conduite de bonne foi qui s'impose dans le droit des obligations (I).

Cette recherche des conditions propres à la constitution du débiteur en demeure présenterait un intérêt limité si l'on s'en tenait à la fonction classique de la demeure, soit le simple prélude à une judicialisation du litige. Ce serait là oublier que la demeure constitue également l'élément déclencheur de certaines sanctions au profit du créancier, sans intervention préalable du tribunal - les sanctions dites «extrajudiciaires». Or, ces sanctions jouent un rôle accru dans le droit nouveau. Nous tenterons d'identifier la façon de concilier ces modes de sanction automatiques avec la promotion de la bonne foi dans la mise en oeuvre du droit à l'exécution de l'obligation (II).

I. L'évolution de la demeure à la lumière du devoir de bonne foi

L'imposition d'une mise en demeure accompagnée d'un délai d'exécution (A), d'une part, et la dispense de mettre en demeure (B), d'autre part, traduisent le dilemme auquel le législateur et les tribunaux sont confrontés : comment encadrer la mise en oeuvre du droit à l'exécution de l'obligation de façon à respecter les intérêts du débiteur disposé à s'exécuter correctement et ceux du créancier privé d'une telle exécution?

A. Le droit du débiteur à une dernière chance

Parmi les différents types de préavis auxquels un créancier peut être assujéti, la mise en demeure constitue certes, en pratique, le mode le plus courant et le plus important de rappel à l'ordre d'un débiteur. La règle d'origine romaine «*dies non interpellat pro homine*»⁴ trouve application dans notre droit. À l'arrivée du terme, le créancier doit inviter son débiteur à s'exécuter avant de pouvoir obtenir une sanction du défaut de ce dernier. Son silence est interprété comme une extension tacite en faveur du débiteur.⁵ C'est ce qui fait dire à un auteur que «la mise en demeure produit l'effet d'un terme après le terme».⁶ La mise en demeure vise à écarter toute ambiguïté entre les parties à l'obligation. Par cette démarche, le créancier avertit son débiteur qu'il n'entend pas lui accorder de délai supplémentaire et que, à défaut d'exécution, il se prévaudra des droits qui lui sont reconnus par la loi.⁷

L'article 1594 C.c.Q. énonce différents modes par lesquels le débiteur peut être constitué en demeure. Le créancier peut être tenu de procéder à une «mise en demeure», laquelle prend la forme d'une demande extrajudiciaire ou judiciaire (art. 1594 al. 2, 1595 et 1596 C.c.Q.). Dans d'autres cas, le créancier est dispensé des formalités de mise en demeure, puisque le débiteur est constitué «en demeure» par l'effet automatique de la loi, par une clause du contrat qui lie les parties (art. 1594 al. 1 et 2 et 1597 C.c.Q.) ou encore, nous le verrons plus loin, dans certains cas reconnus en jurisprudence.

Le législateur n'édicte pas formellement que certains modes sont de principe et d'autres d'exception. Néanmoins, le devoir de bonne foi, qui suppose le maintien d'un esprit de coopération entre les parties, amène à

-
4. «Le jour (l'échéance) n'interpelle pas (le débiteur) pour l'homme (le créancier)» : A. Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994.
 5. P. Rainville, «The Role of Silence During the Life of a Contract : A Civilian Perspective», thèse de doctorat, Oxford, 1993 [non publiée] aux pp. 161-65; voir aussi aux pp. 166-68.
 6. Boulay, *supra* note 1 au n° 45.
 7. J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1993 au n° 735 à la p. 405 [ci-après Baudouin, *Obligations*]; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 432 à la p. 624; R.P. Kouri, «The Putting in Default» (1971) 2 R.D.U.S. 1 aux pp. 4-5; Rainville, *supra* note 5 aux pp. 163 et 164.

conclure que la mise en demeure constitue le principe et la dispense, l'exception. Or, le créancier doit, malgré toute stipulation contraire, faire la preuve des faits qui permettent de se prévaloir d'une telle exception (art. 1598 C.c.Q.).⁸

La mise en demeure joue un rôle fondamental au regard du devoir de bonne foi du créancier. Le professeur Jobin, dans un passage cité avec approbation par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Houle*,⁹ écrit au sujet du délai raisonnable dans le contexte de la demande de paiement du prêteur :

«La mise en demeure n'est pas une simple formalité; elle joue un rôle précis. Le but de ce délai raisonnable est d'accorder au débiteur la possibilité réelle de payer, c'est-à-dire le temps minimum nécessaire pour trouver des fonds et les remettre au prêteur».¹⁰

Dans son texte, l'auteur ajoute : «Il s'agit en somme de trouver le point d'équilibre entre les intérêts légitimes respectifs des parties».¹¹

Déjà, dans le droit antérieur, des règles d'origine jurisprudentielle ont contribué à faire de la mise en demeure un instrument de promotion de la bonne foi en établissant des paramètres quant à sa validité. Ainsi, pour produire des effets, la mise en demeure ne peut se limiter à annoncer au débiteur les sanctions dont le créancier entend se prévaloir. Elle doit clairement énoncer les manquements reprochés au débiteur,¹² les demandes adressées doivent être

8. L'article 1598 C.c.Q. renvoie à la demeure «de plein droit», une expression qui peut prendre un sens différent selon la disposition dans laquelle elle s'insère. Ici, il nous semble s'agir tant de la demeure par le seul effet de la loi que celle par l'effet du contrat. Dans le même sens, voir Baudouin, *Obligations*, *supra* note 7 au n° 737 à la p. 406. Voir *contra* Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 434 à la p. 629. Ce principe est inspiré de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1, art. 11 : *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 986 (sous l'art. 1598 C.c.Q.).

9. *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122 à la p. 171.

10. P.-G. Jobin, «L'abus de droit contractuel depuis 1980» dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1990)*, Montréal, Service de la Formation permanente, Barreau du Québec, 1990, 127 à la p. 137. Les mêmes propos ont été repris dans un texte publié ultérieurement par le même auteur : «Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel» (1991) 32 C. de D. 153 à la p. 167.

11. *Ibid.*

12. Voir *Letang c. Poirier* (3 juillet 1979), Hull 550-05-001479-78, J.E. 79-827 (C.S.).

conformes à l'obligation qui lie les parties¹³ et elles doivent être assez explicites pour que le débiteur sache quelle est la prestation attendue.¹⁴ De plus, le débiteur doit avoir une réelle chance de s'exécuter. C'est ainsi que les tribunaux ont sanctionné le comportement du créancier qui, tout en mettant son débiteur en demeure de s'exécuter, refusait dans les faits de permettre cette exécution.¹⁵

Ils ont rejeté le recours du créancier qui invoquait l'inexécution du débiteur, alors qu'il n'avait pas mis ce dernier en demeure de s'exécuter au moment où cette exécution était encore possible.¹⁶ Dans l'affaire *Gareau c. Habitations Beaupré inc.*,¹⁷ le Tribunal allait plus loin encore et rejetait un recours en dommages-intérêts institué par un créancier sans mise en demeure préalable, pour le préjudice causé par la mauvaise exécution de son débiteur dans la construction d'un immeuble, alors que ce dernier était encore en mesure de constater son inexécution mais qu'il n'avait pas été formellement invité par le créancier à corriger sa prestation. Le juge Nichols, alors à la Cour supérieure, écrivait :

«Le but primordial de la mise en demeure c'est donc la protection du débiteur contre les abus possibles de créanciers qui, trouvant prétexte à contravention dans toutes espèces de situation, forceraient leurs co-contractants à subir le préjudice de procès sans jamais avoir été prévenus de leurs prétendues contraventions et sans jamais avoir été appelés à les corriger».¹⁸

Si la décision rendue dans l'affaire *Gareau* ne fait pas l'unanimité sur d'autres points, ce dont nous aurons l'occasion de traiter plus loin,¹⁹ elle a tout

13. *Gauthier c. Blanchette*, [1977] C.S. 821.

14. *Bergeron c. Lafleur*, [1981] C.P. 343.

15. *Maçonnerie Laprairie inc. c. Lemieux* (19 octobre 1994), Longueuil 505-02-004671-909, J.E. 95-49 (C.Q.).

16. Par exemple, *Office du crédit agricole du Québec c. Adam*, [1990] R.R.A. 316 (C.S.); *De Montigny c. Jutras*, [1993] R.D.I. 385 (C.Q.). Voir *Pépin c. Diamond*, [1989] R.L. 521 (C.A.), où le débiteur auteur de l'inexécution a par la suite offert une exécution valable, ce qui a justifié le rejet de la demande. Voir aussi ci-dessous, partie II.B, en matière d'exécution en nature par remplacement.

17. *Gareau c. Habitations Beaupré inc.*, [1981] R.L. 410 (C.S.).

18. *Ibid.* à la p. 438.

19. Voir ci-dessous, parties I.B et II.B.

de même le mérite de souligner l'importance de la mise en demeure dans le processus de sanction des droits du créancier.

Certains indices permettent de constater l'importance qu'accorde le législateur à la mise en demeure dans le droit nouveau. Le plus évident est sans aucun doute la codification du courant jurisprudentiel qui octroyait un délai d'exécution à compter de la mise en demeure (art. 1595 al. 2 et 1596 C.c.Q.). On peut lire dans les *Commentaires du ministre de la Justice* :

«[le second alinéa de l'article 1595 C.c.Q.] vise à favoriser davantage l'exécution des obligations, en faisant de la mise en demeure un moyen destiné non seulement à constater le retard du débiteur à exécuter, mais aussi, désormais, à rappeler le débiteur à l'ordre et à imposer au créancier l'obligation d'accorder à son débiteur un délai raisonnable pour qu'il exécute».²⁰

L'élimination de l'article 1069 C.c.B.C., à l'occasion de la réforme, s'inscrit dans la même veine. En vertu de cet article, la seule arrivée du terme dans un contrat de nature commerciale avait pour effet de constituer le débiteur en demeure, sans nécessité de mise en demeure préalable. Désormais, le débiteur aura donc droit à un rappel à l'ordre par une mise en demeure, à moins que le créancier ne fasse la preuve de faits qui justifient un motif particulier de dispense de demeure.²¹ À notre avis, ce n'est pas l'élimination de la notion de

20. *Commentaires du ministre de la Justice*, supra note 8 à la p. 983 (sous l'art. 1595 C.c.Q.); voir aussi à la p. 984 (sous l'art. 1596 C.c.Q.). Voir également J. Pineau, «Théorie des obligations» dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. II, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993 au n° 164 aux pp. 168-70; Kouri, supra note 5 aux pp. 57-58. On doit par ailleurs éviter de confondre ce délai et le «délai de grâce» (par ex. art. 1600 C.c.Q.), lequel est simplement destiné à retarder les poursuites ou l'exercice du droit en justice du créancier : *Commentaires du ministre de la Justice*, *ibid.* à la p. 987 (sous l'art. 1600 C.c.Q.).

21. La disparition de la règle énoncée à l'article 1069 C.c.B.C. pourrait causer des problèmes de droit transitoire. En effet, comme la demeure se rapporte aux droits du créancier en cas d'inexécution de l'obligation par le débiteur, elle est assujettie à la loi nouvelle dans tous les cas où l'inexécution est postérieure à l'entrée en vigueur du Code civil du Québec : *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57 art. 88. Ce faisant, dans le cas de contrats où l'on n'avait pas prévu d'inclure une clause constituant le débiteur en demeure à la seule arrivée du terme, compte tenu de l'article 1069 C.c.B.C., le créancier sera en principe tenu d'expédier une mise en demeure et d'accorder à son débiteur un délai

commercialité qui explique la disparition de ce cas de dispense : il aurait en effet été facile de transposer la règle en fonction de la notion correspondante du droit nouveau, soit les contrats relatifs au service ou à l'exploitation d'une entreprise (art. 1525 C.c.Q.), même si cette notion s'avère plus large que celle de commercialité.

Il ne s'agit pas là des seules manifestations de l'importance accordée par le législateur à la mise en demeure. Ainsi, l'imposition d'une mise en demeure sous forme écrite²² (art. 1595 al. 1 C.c.Q.), même en cas de contrat verbal²³ doit s'interpréter comme une manifestation de la dimension substantielle de la mise en demeure,²⁴ et non comme un relent formaliste et procédurier.

En matière de vente, le législateur a profité de la réforme pour codifier l'obligation de dénoncer au vendeur, dans un délai raisonnable, l'existence d'un risque d'atteinte à son droit de propriété (art. 1738 C.c.Q.) ou l'existence d'un vice qui affecte le bien (art. 1739 C.c.Q.), autre manifestation de ce droit du débiteur à une dernière chance.

La nécessité de protéger le débiteur de bonne foi, dont on présume qu'il est disposé à s'exécuter à moins de preuve contraire, justifie le principe de la mise en demeure. Il faut toutefois éviter qu'une interprétation trop restrictive des causes de dispense ne s'avère contraire aux intérêts du créancier de bonne foi, lui-même victime du comportement de son débiteur ou des circonstances dans lesquelles survient l'inexécution. Cette recherche d'un équilibre entre les intérêts légitimes des deux parties en présence appelle donc une délimitation du domaine et des modalités de dispense de mise en demeure.

-
- d'exécution conformément à l'article 1595 ou 1596 C.c.Q.
22. Toutefois, l'interpellation verbale est encore appelée à jouer un rôle en matière de demeure, par exemple lorsque le créancier invoque la répudiation des obligations du débiteur. Voir ci-dessous, partie I.B.1.
23. Contrairement à ce que prévoyait l'article 1067 C.c.B.C. *in fine*, qui permettait une mise en demeure verbale dans un tel cas.
24. On peut lire dans les *Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 8 à la p. 983 (sous l'art. 1595 C.c.Q.) : « Cette exigence nouvelle, qui est de nature à faciliter la preuve de la mise en demeure et de sa date, a paru s'imposer, eu égard aux conséquences importantes de la mise en demeure sur les droits respectifs des parties. »

B. Le droit du créancier d'être dispensé d'un rappel à l'ordre de son débiteur

Malgré l'importance accordée à la mise en demeure, dans le droit antérieur comme dans le droit nouveau, certains facteurs ont permis d'écarter cette démarche afin de protéger les intérêts légitimes du créancier : ce dernier profite alors de tous les effets associés à la demeure de façon immédiate, sans être tenu d'accorder un délai d'exécution additionnel à son débiteur. C'est ce que plusieurs appellent la demeure de plein droit mais que nous désignerons plutôt comme la demeure «par l'effet de la loi» (1) ou «par l'effet du contrat» (2), selon le cas.²⁵ L'identification des facteurs qui justifient ces cas de dispense nous paraît essentielle à une meilleure appréciation de la portée de ces exceptions au principe de la mise en demeure. Il convient également de se pencher sur la possibilité, pour le créancier, d'être dispensé de mettre son débiteur en demeure lorsque la situation n'est pas directement visée par l'un des cas prévus par la loi et qu'il n'y a pas demeure par les termes du contrat (3).

1. La demeure par l'effet de la loi

Par l'article 1597 C.c.Q., le législateur identifie différentes situations où le débiteur est privé d'un rappel et, par conséquent, d'une dernière chance de s'exécuter. Si l'on se penche sur ces différents cas, deux facteurs expliquent la dispense dont bénéficie le créancier, soit l'inutilité de la mise en demeure et l'attitude manifestée par le débiteur.

Il ne fait pas de doute que la mise en demeure ne saurait être imposée lorsqu'elle s'avère à toutes fins pratiques inutile. L'exiger dans de telles circonstances relèverait d'un formalisme contraire à l'esprit du droit actuel. C'est ainsi que la loi dispense le créancier de mettre son débiteur en demeure lorsqu'il y a urgence, ou encore que l'obligation ne pouvait être exécutée utilement que dans un certain temps que le débiteur a laissé s'écouler (art. 1597

25. L'expression «demeure de plein droit» peut, en effet, s'avérer ambiguë dans certains cas : elle peut renvoyer à tout cas de dispense de mise en demeure, ou uniquement à ceux qui résultent de la loi. À ce sujet, voir ci-dessous, partie II.C. Voir aussi M. Tancelin, *Des obligations*, vol. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993 au n° 676 à la p. 180; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 434 à la p. 629.

al. 1 C.c.Q.). Le fait d'avoir manqué à l'exécution d'une obligation de ne pas faire relève du même fondement : en principe, même mis en demeure, le débiteur ne pourrait arriver à effacer un acte passé qu'il devait s'abstenir de poser. De la même façon, la mise en demeure d'exécuter une obligation s'avère inutile lorsque le débiteur a, par sa faute, rendu l'exécution en nature impossible.

Le second fondement, soit l'attitude du débiteur, se rencontre essentiellement dans deux cas. Il en va ainsi, tout d'abord, du débiteur qui manifeste clairement son intention de ne pas exécuter l'obligation - c'est-à-dire la «répudiation» de l'obligation.²⁶ C'est également le cas du débiteur qui refuse ou néglige, de façon répétée, d'exécuter une obligation à exécution successive (art. 1597 al. 2 C.c.Q. *in fine*).²⁷

Dans tous ces cas de dispense, qu'ils soient motivés par l'inutilité de la mise en demeure ou encore par l'attitude du débiteur, le principe de la bonne foi apparaît en filigrane : le débiteur ne saurait chercher à se prévaloir d'un délai d'exécution lorsque celui-ci s'avère purement dilatoire. Dans les différentes hypothèses énumérées à l'article 1597 C.c.Q., le législateur a jugé bon d'écarter

26. Par exemple, *Felvic inc. c. A & A Démolition (Québec) ltée* (25 novembre 1996), Montréal 500-09-000647-917, J.E. 97-6 (C.A.); *Prévost c. 132335 Canada ltée* (9 décembre 1988), Québec 200-09-000589-868, J.E. 89-239 (C.A.); *Svatek c. Abony*, [1986] R.D.I. 605 (C.P.); *Gestion Adlexco ltée c. Brody* (12 novembre 1992), Montréal 500-02-012735-903, J.E. 91-158 (C.Q.); *Habitations Desjardins du Centre-ville c. Lamontagne*, [1996] R.J.Q. 2753 (C.Q.). Pour une analyse de la répudiation par le débiteur et certaines nuances quant à la mauvaise foi manifestée par le débiteur dans de telles circonstances, voir Rosensweig, «Unilateral Resolution, the State of the Law and the *Civil Code of Quebec*» (1994-95) 97 R. du N. 3 aux pp. 19-22.

La répudiation peut survenir lorsque le créancier mentionne au débiteur l'inexécution constatée, par exemple le retard dans l'exécution ou encore l'exécution défectueuse, et que le débiteur n'apporte aucun correctif. Donc, même si l'article 1595 C.c.Q. exige désormais une mise en demeure écrite, les doléances exprimées verbalement par le créancier s'avèrent toujours pertinentes dans l'analyse de la demeure.

27. Même si les autorités ne le mentionnent pas explicitement, ce cas de dispense ne saurait être invoqué à l'égard du premier manquement : il vise simplement à éviter que le créancier, déjà victime d'une première inexécution pour laquelle il a constitué son débiteur en demeure, soit tenu d'expédier une nouvelle mise en demeure pour toute nouvelle inexécution. Par exemple : *Caron c. Letendre*, [1987] R.D.I. 252 (C.S.), appel rejeté, 25 octobre 1991, C.A.M. 500-09-000517-870. En ce qui concerne la première inexécution, le débiteur a droit à une mise en demeure, à moins qu'il existe un motif distinct pour dispenser le créancier d'une telle démarche.

la mise en demeure et l'octroi d'un délai d'exécution afin de protéger les intérêts légitimes du créancier victime de l'inexécution.

2. La demeure par les termes du contrat

En principe, le droit du débiteur à la mise en demeure n'est pas d'ordre public. Les parties à un contrat peuvent donc convenir par une clause au contrat que la seule arrivée du terme, c'est-à-dire le retard du débiteur à offrir sa prestation, aura pour effet de le constituer en demeure (art. 1594 al. 1 C.c.Q.).²⁸ On peut par ailleurs s'interroger sur l'effet d'une telle clause quant à l'exécution ponctuelle mais insatisfaisante du débiteur; l'interprétation de la volonté des parties sera, à cet égard, déterminante.²⁹

Même si le souci de favoriser l'efficacité des rapports contractuels a pu inciter le législateur à maintenir ce cas de dispense de mise en demeure, la bonne foi des parties au contrat a également joué un rôle en ce sens : on rejoint ici l'idée de l'attitude du débiteur, conscient de la portée de ses actes et qui ne saurait tirer profit d'un délai auquel il a valablement renoncé. C'est du moins l'idée qui ressort des *Commentaires du ministre de la Justice* :

«Il n'a pas paru opportun de supprimer la possibilité de stipulations contractuelles prévoyant que le seul écoulement du temps pour exécuter l'obligation emporterait automatiquement la demeure du débiteur. Il a paru qu'une telle suppression aurait conduit à accorder au débiteur un véritable droit au retard dans l'exécution de ses obligations, au mépris de ses engagements formels et des stipulations expresses du contrat»³⁰

28. Pour une appréciation critique de la rédaction de l'article 1594 al. 1 C.c.Q. et des effets possibles de cette disposition sur la protection des droits du débiteur (notamment quant à l'exercice des droits énoncés au titre *Des hypothèques*), voir Tancelin, *Des obligations*, *supra* note 25 au n° 675.2 à la p. 179. Il nous semble que la mise en demeure, dans un tel contexte, pourrait être considérée d'ordre public.

29. Si l'on reconnaît la validité de la dispense conventionnelle relative à une exécution défectueuse, l'application de l'article 1598 C.c.Q. s'avérera particulièrement importante pour la protection des droits du débiteur. En ce sens, voir Baudouin, *Obligations*, *supra* note 7 au n° 737 à la p. 406.

30. *Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 8 à la p. 982 (sous l'art. 1594 C.c.Q.).

L'identification des fondements de la dispense conventionnelle de mise en demeure ne constitue pas un exercice purement théorique. En effet, si l'efficacité constituait le seul motif, il faudrait appliquer ce cas de dispense de façon systématique, sans jamais tenir compte du contexte dans lequel le créancier cherche à s'en prévaloir. Si l'on y voit, au contraire, une manifestation du souci de sanctionner le débiteur de mauvaise foi, il est possible d'imaginer des situations où il serait jugé opportun de mettre de côté une telle clause et d'imposer au créancier l'octroi d'un délai raisonnable d'exécution. En effet, contrairement aux cas décrits à l'article 1597 C.c.Q. au sujet de la demeure par le seul effet de la loi, la clause qui dispense le créancier de mettre son débiteur en demeure résulte parfois d'un pouvoir de négociation inégal et le débiteur à qui on l'impose ne sera pas nécessairement de mauvaise foi. Il peut donc arriver que, par souci d'équité et de protection des intérêts du débiteur de bonne foi, l'on soit amené à restreindre l'exercice de la liberté contractuelle et l'effet obligatoire du contrat. Ainsi, le créancier qui commet un abus de droit contractuel ne saurait trouver refuge derrière une clause qui le dispense de mettre son débiteur en demeure (art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.), ce qui a déjà été reconnu par la Cour suprême dans l'arrêt *Houle*.³¹

3. Les cas résiduels de dispense

Le créancier qui ne se situe pas clairement dans l'un des cas énoncés à l'article 1597 C.c.Q. et qui ne bénéficie pas de la demeure par les termes du contrat pourra-t-il, dans tous les cas, se faire reprocher le défaut de mettre son débiteur en demeure? Autrement dit, existe-t-il des cas de dispense «résiduels» ou «innommés»?

On pourrait certes adopter une position restrictive à cet égard et répondre par la négative, en alléguant que le créancier qui désire se prémunir contre la nécessité d'une mise en demeure pourra le faire en prévoyant une dispense conventionnelle (art. 1594 al. 1 C.c.Q.). Cette position ne nous semble pas convaincante puisque cela permettrait, dans certaines circonstances, de protéger un débiteur qui ne mérite pas un droit à la dernière chance. Même si le législateur a cherché à faire une synthèse aussi complète que possible des cas de

31. *Houle*, *supra* note 9 à la p. 176.

dispense à l'occasion de la réforme, il ne nous semble toutefois pas que les articles 1594 et 1597 C.c.Q. énoncent ces cas de façon limitative. Il nous apparaît donc souhaitable de conserver la position jurisprudentielle du droit antérieur et d'accepter l'existence de cas de dispense résiduels, tout en adoptant une attitude prudente sur la question afin d'éviter une érosion du principe de la mise en demeure.

Dans certains cas, des considérations inspirées par la bonne foi empêchent le débiteur de soulever l'absence de mise en demeure ou encore le caractère inadéquat, insuffisant, incomplet ou tardif de celle-ci. Ainsi, le débiteur n'est pas admis à invoquer le préjudice qui découle d'une mise en demeure invalide lorsque cet argument est invoqué, pour la première fois, devant la juridiction d'appel.³²

Par ailleurs, le débiteur ne peut se plaindre du défaut de son créancier de lui expédier une mise en demeure lorsqu'il a lui-même quitté son domicile sans laisser d'adresse.³³ Dans ce dernier cas, on peut même y voir un cas où le débiteur a, par son fait, rendu l'exécution en nature impossible (art. 1597, al. 2 C.c.Q.).

La connaissance ou le comportement du débiteur peut aussi, dans une certaine mesure, avoir une incidence sur le devoir du créancier de le mettre en demeure. Ainsi, en cas de risques d'atteinte au droit de propriété ou de vices qui affectent le bien vendu, le débiteur-vendeur est en droit de recevoir une dénonciation par laquelle le créancier-acheteur lui demande de remédier au problème,³⁴ mais il ne peut soulever le caractère tardif de cette dénonciation s'il avait une connaissance réelle ou présumée du problème (art. 1738 al. 2 et 1739 al. 2 C.c.Q.).

32. *Équipement Lefco inc. c. Roche ltée*, [1993] R.D.J. 234 (C.A.); *Mignacca c. Benoît*, [1993] R.D.I. 283 (C.A.).

33. *Kapanga c. Coopérative Multi-Carrefour*, [1994] J.L. 140 (C.Q.).

34. P.-G. Jobin, *La vente dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 1993 au n° 158 aux pp. 126-27. Par exemple, *Guardian du Canada c. Construction Brennan inc.* (24 février 1997), Québec, 200-02-002938-951, j. Sheehan (C.Q.).

La question de l'incompétence du débiteur appelle quelques précisions. Tout d'abord, il convient de distinguer la mauvaise exécution et l'incompétence véritable. Le débiteur «incompétent» au sens où nous l'entendons ici est celui qui, de façon généralisée, ne maîtrise pas son art : ses connaissances et habiletés ne lui permettent pas de comprendre les causes ou l'étendue de son inexécution et, à plus forte raison, d'y apporter des correctifs appropriés. Il faut souligner que l'incompétence du débiteur ne constitue pas, en soi, un motif de demeure par l'effet de la loi. Il a droit, en principe, à un rappel à l'ordre afin qu'il ait la possibilité de corriger cette prestation. Toutefois, il peut arriver que les circonstances permettent d'identifier soit un cas de demeure par l'effet de la loi, soit encore un cas résiduel de dispense de mise en demeure. L'élément de connaissance de l'insatisfaction du créancier par le débiteur joue, à cet égard, un rôle déterminant.

La connaissance de l'insatisfaction du créancier peut être acquise sans même que le débiteur ait reçu une mise en demeure, par exemple à l'occasion de conversations ou de correspondances informelles. Or, il arrive que le débiteur, informé de l'insatisfaction du créancier, nie l'inexécution et refuse de reprendre les travaux, ou encore propose des mesures manifestement inadéquates. La situation peut alors, en définitive, s'analyser comme un cas de répudiation, motif de demeure par le seul effet de la loi (art. 1597 al. 2 C.c.Q.). Le débiteur qui prend connaissance de l'insatisfaction de son créancier ne peut se réfugier derrière un argument formaliste - c'est-à-dire l'absence de demande d'exécution par le créancier - pour se défilier de son obligation. C'est d'ailleurs dans ce sens que la Cour d'appel s'est prononcée dans l'arrêt *Voyageurs Marine Co. c. Q-Plast (1978) inc.*³⁵ Le débiteur doit lui-même démontrer sa bonne foi en offrant une exécution conforme, le cas échéant, au moyen d'offres réelles (art. 1573 et s. C.c.Q.) et, si ces dernières sont refusées sans droit par le créancier, le débiteur pourra faire reconnaître leur caractère libératoire s'il s'est toujours montré disposé à offrir sa prestation (art. 1588 C.c.Q.).³⁶ Dans l'affaire

35. *Voyageurs Marine Co. c. Q-Plast (1978) inc.*, [1989] R.L. 91 (C.A.) et obs. M. Tancelin et D. Gardner, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 6^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1996 au n° 200 à la p. 560. Dans le même sens, voir *Mignacca c. Benoît*, *supra* note 32.

36. L'auteure tient à souligner la contribution du professeur François Tôth, sur la question de la pertinence du mécanisme des offres réelles dans un tel contexte.

Gareau c. Habitations Beaupré inc.,³⁷ le débiteur avait connaissance de l'inexécution reprochée par les créanciers et proposait des correctifs mineurs malgré l'importance des défauts éventuellement reconnus par le tribunal. Il nous semble que cette situation s'apparentait à une répudiation et aurait donc dû dispenser le créancier de mettre son débiteur en demeure. Ce dernier ne pouvait, du même souffle, nier la nécessité de reprendre les travaux et déplorer l'absence de mise en demeure judiciaire ou extrajudiciaire par laquelle il aurait été invité à le faire. Toujours au sujet de l'impact de la connaissance par le débiteur de l'insatisfaction de son créancier, il arrive qu'un débiteur ainsi informé adopte alors un comportement qui démontre qu'une mise en demeure formelle était inutile, par exemple en prenant des mesures par lesquelles il reconnaît implicitement son défaut d'exécuter l'obligation entièrement, correctement et sans retard,³⁸ ce qui rend alors la mise en demeure inutile.

Lorsque le créancier confronté à l'incompétence de son débiteur n'a aucunement pris la peine de faire connaître son mécontentement, ne serait-ce que par un avis verbal en ce sens, il nous semble contraire au principe de la bonne foi de le dispenser systématiquement de mise en demeure sur le seul fondement de l'incompétence de son débiteur. Une solution plus juste, à notre avis, consisterait à présumer, dans de telles circonstances, qu'une mise en demeure n'aurait eu aucune utilité compte tenu du degré d'incompétence constaté et à imposer au débiteur le fardeau de démontrer qu'il aurait pu, en étant valablement informé de l'insatisfaction de son créancier, corriger sa prestation. Le créancier supporte alors le fardeau de démontrer l'incompétence généralisée du débiteur (et non sa seule exécution incorrecte). Cette solution s'avère malgré tout intéressante pour lui, puisqu'il revient au débiteur d'apporter une preuve convaincante des mesures qu'il aurait adoptées en étant correctement informé, par exemple l'utilisation d'une autre technique appropriée qu'il maîtrisait, le recours aux services d'un tiers qui lui avait déjà prêté assistance en pareilles circonstances,³⁹ etc.

37. *Gareau c. Habitations Beaupré inc.*, *supra* note 17.

38. Par exemple, *Industries avicoles de Bedford ltée c. Bérard* (15 mai 1980), Bedford 455-05-000254-78, J.E. 80-563 (C.S.).

39. Cela suppose, bien entendu, que la nature de la prestation ne s'opposait pas à l'intervention d'un tiers : art. 1555 al. 2 C.c.Q.

Il n'est pas toujours aisé de tracer la frontière entre les cas où la mise en demeure est requise et ceux où le créancier en est dispensé. Si l'effet unique de la demeure était de permettre au créancier d'exercer son recours par une demande en justice, un tel exercice de délimitation serait d'un intérêt limité : en effet, la demande en justice vaut mise en demeure et un créancier ne verra donc pas, en principe, son recours rejeté pour le seul motif qu'il a manqué d'expédier une mise en demeure extrajudiciaire à son débiteur⁴⁰ (sous réserve d'une exception notable en matière d'exécution en nature par remplacement⁴¹). Tout au plus, il aura à subir les frais de la demande en justice et, pour ce faire, le débiteur devra s'être exécuté dans un délai raisonnable à compter de la demande (art. 1596 C.c.Q.).⁴² La question gagne toutefois en intérêt lorsque l'on constate que la demeure entraîne différentes sanctions juridiques qui ne nécessitent pas l'intervention préalable d'un tribunal. Or, cet aspect doit être envisagé en ne perdant pas de vue la protection des intérêts légitimes des deux parties à l'obligation.

II. L'évolution de la demeure et l'émergence des modes de sanction extrajudiciaires

Lors de la réforme, le législateur a favorisé l'émergence de sanctions qui surviennent sans intervention préalable des tribunaux ou même, dans certains cas, de judiciarisation du litige - ce que nous appellerons les «sanctions extrajudiciaires», également connues sous l'expression «sanctions de plein droit». Le rôle des tribunaux, dans le cadre de telles sanctions, se limite à constater *a posteriori* leurs conditions d'application. Cette évolution, destinée à assurer une meilleure protection des intérêts du créancier,⁴³ doit être analysée

40. *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. C.T.C.U.Q.*, [1981] 1 R.C.S. 424.

41. *Caron c. Centre Routier inc.*, [1990] R.J.Q. 75 (C.A.); *Quintas c. Gravel*, [1993] R.D.J. 383 (C.A.). Voir ci-dessous, partie II.B.

42. Dans le même sens, voir *Jubenville c. Peschlow* (13 avril 1995), Montréal 500-09-002051-936, J.E. 95-976 (C.A.).

43. Voir notamment ci-dessous, parties II.B et II.C.

On peut douter que cette évolution ait eu pour justification la volonté de désengorger les rôles d'audience. En effet, les parties se présenteront souvent devant le tribunal pour s'affronter soit sur les conditions d'application de la sanction, soit encore sur des conclusions accessoires (par exemple, l'octroi de dommages-intérêts). D'ailleurs, la problématique des lenteurs de la justice appelle plutôt des réformes procédurales.

dans l'optique du respect des droits du débiteur de bonne foi : en effet, il convient d'éviter qu'une application sans nuance de ces sanctions, ou encore que les agissements intempestifs de la partie qui compte s'en prévaloir, ne s'avèrent contraires aux intérêts légitimes du débiteur de bonne foi.

Le lien entre le respect du principe de bonne foi et la demeure ressort clairement dans le contexte des sanctions extrajudiciaires. Puisque la demeure constitue souvent l'élément déclencheur de ce type de sanction, on constate l'importance de s'interroger sur la nécessité d'une mise en demeure préalable, ainsi que sur les moyens d'atténuer, le cas échéant, la rigueur de la sanction lorsque le créancier est effectivement dispensé d'offrir une dernière chance à son débiteur.

Parmi les sanctions extrajudiciaires présentes dans le Code civil,⁴⁴ trois d'entre elles ont retenu notre attention, soit les intérêts pour le retard dans l'exécution de l'obligation (A), l'exécution en nature par remplacement en cas de vices cachés et de malfaçons (B) ainsi que la résolution sans poursuite judiciaire à l'occasion d'une inexécution substantielle du débiteur (C).

A. La demeure et le calcul des intérêts pour le retard dans l'exécution de l'obligation

Destinés à réparer le préjudice causé au créancier par le retard du débiteur à s'exécuter, les dommages moratoires sont régis par des règles distinctes selon que l'obligation inexécutée consiste en une prestation en nature ou pécuniaire. Ces dommages prennent, dans plusieurs cas, la forme d'intérêts. Ceux-ci sont appliqués sur le montant dû initialement, en cas d'obligations pécuniaires (art. 1617 C.c.Q.) ou sur le montant qui représente l'équivalent

44. Parmi les autres sanctions extrajudiciaires, voir le transfert des risques (art. 1562, 1600 al. 2 et 1693 al. 1 C.c.Q.; voir aussi art. 1582 al. 2 C.c.Q.); dans le cadre d'une obligation alternative, le droit d'une partie de choisir la prestation si l'autre partie, à qui revenait ce choix, ne l'a pas exercé avant l'expiration du délai donné dans la mise en demeure (art. 1546 al. 2 C.c.Q.); dans la vente à tempérament d'un bien meuble, la reprise du bien par le vendeur (art. 1749 C.c.Q.).

pécuniaire octroyé au créancier en réparation de la prestation inexécutée, dans le cas d'obligations en nature (art. 1618 C.c.Q.).⁴⁵

En matière d'obligations pécuniaires, le point de départ du calcul consistait, dans le droit antérieur, en la mise en demeure expédiée par le créancier (art. 1077 C.c.B.C.). Le droit nouveau énonce la règle de façon différente : en principe, les intérêts courent à compter de la demeure (art. 1617 al. 2 C.c.Q.).⁴⁶ Quand le débiteur est-il en demeure, aux fins du calcul des intérêts? En principe, c'est à l'expiration du délai accordé dans la mise en demeure extrajudiciaire ou judiciaire (art. 1595 al. 2 et 1596 C.c.Q.). En effet, le débiteur ne profiterait pas entièrement de son droit à une dernière chance si l'on calculait les intérêts dès la mise en demeure et sans tenir compte du délai que le créancier doit y inclure. Le créancier peut néanmoins se prémunir contre un tel délai dans le calcul des intérêts, par une clause qui prévoit que le débiteur est en demeure par la seule arrivée du terme (art. 1594 al. 1 C.c.Q.); l'échéance de la dette constitue alors le point de départ des intérêts.

Dans le cas d'obligations autres que celles portant sur le paiement d'une somme d'argent, la réforme apporte une modification plus importante. Dans le droit antérieur, en cas d'obligation en nature, les intérêts ne couraient qu'à compter de la judiciarisation du litige, c'est-à-dire le moment de l'institution de la demande en justice (art. 1056c et 1078.1⁴⁷ C.c.B.C.). Cette dernière règle méritait d'être revue. En effet, un certain temps pouvait s'écouler avant que la victime soit amenée à intenter un recours en justice. Cette dernière subissait donc les inconvénients d'une demande dont l'introduction avait été reportée et ce, quels qu'aient pu être les motifs l'ayant amenée à retarder sa demande en justice - tentatives de règlement ou autres.⁴⁸ Désormais, les intérêts courent,

45. À ces intérêts s'ajoutent l'indemnité additionnelle (art. 1619 C.c.Q.) et l'intérêt composé (art. 1620 C.c.Q.), le cas échéant.

46. En matière de prêt d'argent, voir la règle particulière de l'article 2330 C.c.Q.

47. Sur les incertitudes relatives au domaine exact de l'article 1078.1 et au rapport entre cette disposition et l'article 1077 C.c.B.C., voir V. Karim, «Les dommages-intérêts moratoires et l'indemnité additionnelle» (1990) 50 R. du B. 1009 à la p. 1027; Tancelin, *Des obligations*, *supra* note 25 au n° 792.1 aux pp. 264-65.

48. Voir Karim, *ibid.* à la p. 1019. Voir aussi *Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 8 à la p. 1003 (sous l'article 1618 C.c.Q.), qui renvoie aux procédés dilatoires du débiteur qui profiterait de conditions plus avantageuses sur le marché.

comme en matière d'obligations pécuniaires, à compter de la demeure (art. 1618 C.c.Q.) ou encore, nous le verrons plus loin, d'une date postérieure déterminée par le tribunal. Quel est le moment où le débiteur est en demeure, pour les fins du calcul des intérêts? C'est là une question nouvelle qui résulte de la modification apportée quant au point de départ et qui, par conséquent, n'a pas fait l'objet de développements significatifs jusqu'à maintenant.

On affirme couramment que la question de la mise en demeure s'analyse différemment selon qu'il s'agit d'un rapport contractuel ou extracontractuel.⁴⁹ Au préalable, il convient de nuancer une telle affirmation, puisque le créancier contractuel n'est pas toujours tenu de mettre son débiteur en demeure et que le créancier extracontractuel n'en est pas toujours dispensé.⁵⁰ Ainsi, il peut arriver que le créancier d'une obligation contractuelle soit dispensé de mise en demeure, non seulement par une clause à cet effet, mais aussi lorsqu'un cas de demeure par l'effet de la loi trouve application : il peut y avoir eu urgence ou défaut du débiteur de s'exécuter dans un temps utile qu'il a laissé s'écouler (art. 1597 al. 1 C.c.Q.),⁵¹ contravention à une obligation de ne pas faire, exécution en nature rendue impossible par le débiteur⁵² ou encore répudiation par ce dernier (art. 1597 al. 2 C.c.Q.). Quant aux obligations de source extracontractuelle, s'il est vrai que le débiteur est fréquemment dispensé d'en demander le respect, il ne l'est pas dans tous les cas. En effet, il arrive qu'une situation à caractère extracontractuel ne corresponde à aucun des cas prévus par la loi⁵³ : il est erroné

49. Voir notamment *Collin c. Vadenais* (1928) 44 B.R. 89; J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 au n° 33 à la p. 19 (ci-après Baudouin, *Responsabilité civile*); *ibid.*, *Les obligations*, *supra* note 7 au n° 737 à la p. 407; P.-A. Crépeau, «Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien» (1962) 22 R. du B. can. 501 à la p. 509; Kouri, *supra* note 7 aux pp. 34-35.

50. Voir Tancelin et Gardner, *supra* note 35 au n° 203 à la p. 565; Tancelin, *Des obligations*, *supra* note 25 au n° 677 à la p. 181.

51. Par exemple, *Vallée c. Roy*, [1978] C.S. 706; *Industries Avicoles de Bedford ltée c. Bédard*, *supra* note 38. Voir aussi *Kurzen c. Meunerie Marcel Bérard ltée* (23 janvier 1989), Québec 200-09-000319-852, J.E. 89-370 (C.A.); *Habitations Desjardins du Centre-ville c. Lamontagne*, *supra* note 26.

52. Il faut toutefois que ce soit effectivement le comportement du débiteur qui ait rendu l'exécution impossible, et non le défaut du créancier de le rappeler à l'ordre alors qu'il en était encore temps. Dans ce dernier cas, le tribunal conclura plutôt au rejet de la demande : *Office du Crédit agricole du Québec c. Adam*, *supra* note 16; *De Montigny c. Jutras*, *supra* note 16.

53. Tancelin, *Des obligations*, *supra* note 25 au n° 677 à la p. 181.

de croire que le devoir général de prudence énoncé à l'article 1457 C.c.Q. constitue nécessairement une obligation de ne pas faire⁵⁴ et, de plus, il arrive que l'exécution en nature de la prestation attendue du débiteur soit encore possible (par exemple, le débiteur qui refuse de permettre l'exercice d'un droit de passage reconnu par la loi).

Mais toute cette question de la nécessité d'une mise en demeure quant au devoir de respecter les obligations contractuelles et légales nous apparaît, en définitive, inutile lorsqu'il s'agit de la question particulière du point de départ des intérêts. En effet, même lorsque le créancier est dispensé de rappeler à son débiteur l'obligation en nature (contractuelle ou extracontractuelle) à laquelle ce dernier est tenu, il n'en est pas moins tenu de mettre son débiteur en demeure de payer l'équivalent.⁵⁵ Selon nous, c'est à l'expiration du délai accordé dans la mise en demeure d'exécuter par l'équivalent que surviendrait la «demeure» à laquelle renvoie 1618 C.c.Q. et que se situerait, en principe, le point de départ des intérêts.

Ceci dit, cette position ne fait pas l'unanimité et, selon certains, c'est plutôt la demeure quant à l'obligation initiale qui est visée à l'article 1618 C.c.Q.; selon cette interprétation, en cas de dispense de mise en demeure quant au respect de cette obligation initiale, les intérêts pourraient courir à compter du fait dommageable.⁵⁶ Si cette dernière interprétation devait prévaloir, il faudrait à tout le moins se résoudre à traiter les deux régimes de responsabilité sur un même pied et analyser la nécessité d'une mise en demeure en fonction des circonstances plutôt que selon la nature contractuelle ou extracontractuelle de l'obligation.

Enfin, soulignons que le législateur a accordé un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux afin de permettre le calcul des intérêts à compter d'un moment

54. Il faut en effet se garder d'accorder une trop grande importance à la façon de formuler le devoir qui s'impose au débiteur. Sur le sens d'une «contravention à une obligation de ne pas faire», voir *Pépin c. Diamond*, *supra* note 16.

55. Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 434 à la p. 628.

56. Voir *Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 8 à la p. 1003 (sous l'art. 1618 C.c.Q.); Baudouin, *Responsabilité civile*, *supra* note 49 au n° 436 à la p. 245.

postérieur (art. 1618 C.c.Q.).⁵⁷ Ce pouvoir discrétionnaire s'explique notamment par le fait qu'une partie des dommages qui sont accordés peuvent avoir pour but d'indemniser la victime pour les aspects prospectifs du préjudice; on cherche alors à éviter un enrichissement indu de la victime qui profiterait d'intérêts produits sur une somme destinée à indemniser un préjudice qu'elle n'a pas encore subi.⁵⁸ La reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire en la matière n'est toutefois pas étrangère au principe de la bonne foi. Ainsi, les *Commentaires du ministre de la Justice* précisent que ce pouvoir s'avère également utile dans le cas d'un débiteur confronté à un demandeur qui trouve un avantage à retarder indûment le déroulement du procès.⁵⁹

B. La demeure dans le cas de malfaçons, la dénonciation en matière de vices cachés et l'exécution en nature par remplacement

Il arrive que le créancier se voie forcé d'effectuer ou - ce qui est plus fréquent - de faire effectuer par un tiers certains travaux occasionnés par un manquement aux obligations de son débiteur, pour ensuite refiler la note des travaux à ce dernier. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque le travail de l'entrepreneur révèle des malfaçons ou encore que le bien acheté est affecté de vices cachés. C'est alors que l'exécution en nature par remplacement, dont le principe est codifié à l'article 1602 C.c.Q., peut s'avérer utile.

L'«exécution en nature par remplacement» (ou «exécution en nature par équivalent») est parfois, en jurisprudence, coiffée d'un autre titre. Ainsi, en

57. Pour une application de ce pouvoir discrétionnaire, voir *Parenteau c. Drolet*, [1994] R.J.Q. 689 (C.A.).

Un auteur déplore le fait que le pouvoir discrétionnaire du tribunal ne puisse s'exercer que pour placer le point de départ à un moment *postérieur* à la demeure, alors qu'il aurait jugé souhaitable de pouvoir placer ce point à un moment *antérieur* à la demeure, lorsque la protection des intérêts de la victime créancière le justifie : Tancelin, *Des obligations*, *supra* note 25 au n° 792.3 aux pp. 265-66.

58. *Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 8 à la p. 1003 (sous l'art. 1618 C.c.Q.).

59. *Commentaires du ministre de la Justice*, *ibid.* à la p. 1003 (sous l'art. 1618 C.c.Q.). On codifie ainsi une tendance déjà observée en jurisprudence dans le droit antérieur, du moins quant à l'indemnité additionnelle : J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990 au n° 330 à la p. 172. Voir aussi Rainville, *supra* note 5 aux pp. 171-75, qui discute notamment des liens entre le comportement du créancier, la notion de bonne foi («legitimacy of conduct») et le devoir de minimiser le préjudice.

matière de vente, on parlera dans certains cas d'action en diminution de prix ou en dommages-intérêts. Il faut toutefois garder à l'esprit que, lorsque le créancier fait exécuter une prestation qui incombe en principe au débiteur pour *ensuite* réclamer les frais encourus à ce dernier, il s'agit essentiellement d'un recours pour exécution en nature et ce, quel que soit le type de contrat ou de prestation concerné. C'est d'ailleurs cet aspect d'exécution immédiate, par une personne autre que le débiteur, qui explique l'importance donnée au droit à la dernière chance dans le cadre de cette sanction, ainsi que la sévérité manifestée à l'endroit du créancier qui court-circuite le processus prévu à l'article 1602 C.c.Q.

Dans le droit antérieur, cette forme d'exécution en nature supposait, en principe, une autorisation préalable du tribunal (art. 1065 C.c.B.C.). La jurisprudence avait toutefois assoupli cette règle et permis au créancier de réclamer au débiteur le prix de travaux déjà effectués, après l'avoir constitué en demeure. Prenant le relais de ce courant jurisprudentiel, le législateur a profité de la réforme pour faire disparaître l'exigence d'une autorisation judiciaire préalable (art. 1602 C.c.Q.).⁶⁰ Ce mode de sanction se déclenche dès lors que le débiteur a manqué de façon injustifiée aux obligations qui lui incombent et qu'il est constitué en demeure. Le tribunal pourra certes être appelé à intervenir, mais ce ne sera qu'*a posteriori*, entre autres pour juger si le créancier a fait la preuve d'une inexécution du débiteur⁶¹ et liquider le coût de l'exécution par remplacement, le cas échéant. On constate dès lors l'importance de déterminer si le créancier est, ou non, tenu de mettre son débiteur en demeure, ainsi que les conséquences rattachées au défaut de donner la mise en demeure requise. De plus, on doit s'interroger sur la portée d'une éventuelle dispense de mise en

60. La nature extrajudiciaire de cette sanction peut être modulée dans certaines circonstances. À titre d'illustration, voir les articles 1867-1869 C.c.Q. en matière de louage. Voir aussi la *Loi sur la protection du consommateur*, *supra* note 8, art. 272(b).

61. En l'absence de preuve d'une inexécution du débiteur, il va de soi qu'un tel recours doit échouer; par exemple, *Leduc c. Noël* (13 mars 1978), Richelieu 765-05-000341-75, J.E. 78-285 (C.S.). Voir aussi *Vachon c. Simoneau*, [1981] C.P. 335. Dans le même sens : Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 438 à la p. 635.
En matière de contrat d'entreprise, il convient de porter une attention particulière à l'acceptation de l'ouvrage par le client-créancier. En effet, l'acceptation de l'ouvrage peut entraîner la forclusion du recours, si l'acceptation couvre les malfaçons (art. 2110 et s. C.c.Q.). À ce sujet, voir notamment *Blenda Construction c. Gouveia*, [1981] C.S. 272.

demeure en faveur du créancier dans l'application de cette sanction extrajudiciaire.

Le second alinéa de l'article 1602 C.c.Q. précise que le créancier doit aviser le débiteur de son intention de se prévaloir de cette sanction. Non seulement le débiteur doit-il être informé de ce qui lui est reproché - ce qui est le propre de toute mise en demeure - mais encore doit-il connaître la sanction à laquelle il s'expose à défaut de s'exécuter. Cette disposition se situe tout à fait dans l'axe des articles 1375 et 1434 C.c.Q. en matière de bonne foi et d'équité.

En ce qui concerne le recours du vendeur pour vices cachés, la jurisprudence était déjà bien fixée dans le droit antérieur quant à la nécessité de donner une chance au vendeur avant de faire corriger le vice qui affecte le bien vendu : l'acquéreur devait laisser la possibilité à son vendeur d'exécuter sa prestation avant d'y remédier, habituellement par l'intermédiaire d'un tiers.⁶² L'article 1739 C.c.Q. vient codifier ce courant jurisprudentiel.⁶³ Le régime de la dénonciation est essentiellement calqué sur celui applicable en matière de mise en demeure. C'est donc dire que l'acquéreur pourra en être dispensé dans certaines circonstances, notamment en cas d'urgence et de répudiation par le vendeur (art. 1597 C.c.Q.).⁶⁴ Une partie pourra-t-elle se dispenser de dénoncer par une clause contractuelle en ce sens? On pourrait le croire si l'on s'inspire des articles 1594 et 1602 C.c.Q.⁶⁵ Quant à la mise en demeure judiciaire (art. 1596 C.c.Q.), elle pourrait valoir dénonciation au sens de l'article 1739 C.c.Q.;

62. Notamment *Carré c. Noël*, [1959] B.R. 544; *Caron c. Centre Routier inc.*, *supra* note 41; *Quintas c. Gravel*, *supra* note 41; *149620 Canada ltée c. Wylie* (29 juillet 1991), Hull, 550-05-000309-883, J.E. 91-1523 (C.S.); *Tremblay c. Dallaire* (7 mai 1996), Chicoutimi, 150-02-000412-949, J.E. 96-1815 (C.Q.).

Sur la situation particulière du vendeur contre le propriétaire antérieur, voir *Audet c. Larochelle*, [1994] R.D.I. 177 (C.A.); comparer *St-Pierre c. Blier*, [1990] R.D.I. 305 (C.Q.).

63. Pour une application de l'article 1739 C.c.Q., voir notamment *Girard c. Simard*, [1995] R.D.I. 281 (C.Q.); *Guardian du Canada c. Construction Brennan inc.*, *supra* note 34.

64. *Felvic inc. c. A & A Démolition (Québec) ltée*, *supra* note 26; *Quintas c. Gravel*, *supra* note 41; *Caron c. Centre Routier inc.*, *supra* note 41 à la p. 84 (C.A.); *Caron c. Placements Jean Malo ltée*, [1990] R.D.I. 40 (C.S.); *Coderre c. Ouellette* (19 août 1981), Terrebonne 700-02-002737-808, J.E. 81-920 (C.P.); *Lupien-Pothier c. 1857-2123 Québec inc.* (1^{er} décembre 1995), Terrebonne 715-32-000029-955, J.E. 96-187 (C.Q.).

65. En ce sens, voir *Caron c. Centre Routier inc.*, *supra* note 41 à la p. 77.

toutefois, comme pour la dénonciation extrajudiciaire, il importe alors que le rappel à l'ordre par le créancier précède l'exécution des travaux.⁶⁶

De la même façon, en matière de malfaçons, le créancier intéressé à se prévaloir de l'exécution en nature par remplacement doit s'assurer au préalable de mettre son débiteur en demeure, ou encore d'en être dispensé par la loi, par le contrat ou en raison d'un motif reconnu par la jurisprudence. La question est d'autant plus pertinente que les autorités ont, pendant un certain temps, soutenu que le créancier victime de malfaçons était systématiquement dispensé de mettre son débiteur en demeure.⁶⁷ Or, cette position traditionnelle a fait l'objet d'une remise en question, non seulement dans *Gareau c. Habitations Beaupré inc.*,⁶⁸ mais aussi dans de nombreuses autres décisions qui vont dans le même sens⁶⁹ : la mauvaise exécution constitue une forme d'inexécution et, en tant que tel, elle est assujettie aux mêmes règles en ce qui a trait à la nécessité d'une mise en demeure. Cette évolution cadre parfaitement avec l'affirmation du principe selon lequel le débiteur a droit à un rappel, sauf dans les cas où le créancier peut démontrer qu'il en est dispensé. Or, si l'on cherche à qualifier le comportement du débiteur coupable de malfaçons en fonction des cas de dispense prévus par la loi, il est peu probable que le débiteur ait manqué à une obligation de ne pas

66. *Quintas c. Gravel*, *supra* note 41.

67. Voir notamment *Vermette c. Parent* (1911) 20 B.R. 156; *Duelz c. Kajandi*, [1960] C.S. 89. Sur le fondement de cette position, lire Kouri, *supra* note 7 aux pp. 41-43. Voir aussi Baudouin, *Obligations*, 4^e éd. au n° 740 à la p. 409.

68. *Gareau c. Habitations Beaupré inc.*, *supra* note 17.

69. *Voyageurs Marine Co. c. Q-Plast*, *supra* note 35; *Leduc c. Noël*, *supra* note 61; *Blanchette c. Bonavista Construction Co.* (22 novembre 1978), Montréal, 500-05-003004-78, J.E. 79-9 (C.S.), désistement d'appel, 23 mars 1979, C.A.M. 500-09-001569-789; *Fierimonte c. Télé-Métropole inc.*, [1982] C.S. 814; 2528-7236 *Québec inc. c. Audet* (28 janvier 1992), Montréal 500-05-015056-896, J.E. 92-468 (C.S.); *Rufiange c. Roma Poirier inc.*, [1979] C.P. 247; *Rivers c. Pacha Construction inc.*, [1979] C.P. 300; *Conversions G. Perreault inc. c. I.M.C. International Machinery Consultants Inc.* (11 juin 1991), Kamouraska 250-02-000398-880, J.E. 91-1128 (C.Q.); *Maçonnerie Laprairie inc. c. Lemieux*, *supra* note 15; *Twardy c. Puisatiers J.C.M. inc.* (31 mars 1995), Abitibi 615-32-000025-955, J.E. 95-943 (C.Q.); *Lupien-Pothier c. 1857-2123 Québec inc.*, *supra* note 64. Voir aussi *Raymond Caron inc. c. Chabot*, [1980] C.S. 1108; *Vachon c. Simoneau*, *supra* note 61; *Riendeau c. Cyr* (21 juin 1983), Montréal 500-02-040733-821, J.E. 83-774 (C.P.). *Contra* : *Sylvain c. Carrosseries d'automobiles Guy inc.*, [1981] C.P. 333; *Fédération (La), compagnie d'assurances du Canada c. Dupuis* (19 septembre 1994), Montréal 500-05-000102-903, J.E. 94-1700 (C.S.), désistement d'appel, 22 décembre 1994, C.A.M. 500-09-001592-948. Voir aussi, *contra*, *Ilias c. Touliopoulos*, [1992] R.D.I. 384 (C.Q.).

faire ou qu'il ait rendu l'exécution en nature impossible.⁷⁰ D'autres motifs pourront, au contraire, s'avérer utiles en pareilles circonstances : le débiteur manifeste clairement son intention de ne pas s'exécuter (notamment en niant l'existence de malfaçons qui lui soient attribuables ou en refusant de donner suite à des commentaires formulés par le client quant à la mauvaise exécution des travaux),⁷¹ le créancier était confronté à une situation d'urgence qu'il a dû pallier,⁷² l'exécution ne pouvait être exécutée que dans un temps utile que le débiteur a laissé s'écouler.⁷³ Le créancier peut, dans certaines circonstances, se prévaloir d'une dispense de mise en demeure par les termes du contrat, du moins si cette clause est libellée de telle façon qu'elle couvre non seulement les cas de retard mais également ceux de mauvaise exécution (art. 1594 al. 1 C.c.Q.).⁷⁴ S'ajoute enfin la possibilité, quoique limitée, d'invoquer des motifs de dispense de mise en demeure qui ne sont prévus ni par la loi, ni par le contrat.⁷⁵ Les cas de dispense de mise en demeure existent donc et ils sont nombreux; la dispense de mise en demeure n'est simplement plus systématique. On peut se réjouir de l'évolution de la jurisprudence en la matière, qui s'harmonise fort bien avec la nature extrajudiciaire de l'exécution en nature par remplacement, une sanction couramment utilisée en cas de malfaçons. Cette évolution s'inscrit sans aucun doute dans le sens d'une promotion de la bonne foi dans l'exécution de

70. De fait, l'exécution en nature doit être possible, puisque c'est ce que le créancier tente d'obtenir par l'intermédiaire d'un tiers. Il peut néanmoins arriver que l'exécution en nature soit toujours possible mais que le débiteur se soit placé dans l'impossibilité de l'effectuer lui-même.

71. *Perreault c. Produits Replico inc.* (8 août 1994), Laval 540-02-000819-921, J.E. 94-1865 (C.Q.). Voir aussi *Riendeau c. Cyr*, *supra* note 69. Sur les applications possibles de ce cas de dispense de mise en demeure, voir également les décisions citées *supra* au sujet des vices cachés.

72. Voir *supra*, pour la jurisprudence relative à ce cas de dispense de mise en demeure appliquée en matière de vices cachés.

73. Il faut toutefois noter que, dans cette dernière hypothèse, l'intervention d'un tiers sera exceptionnelle et surviendra nécessairement *in extremis*. Dans la plupart des cas, l'écoulement de la période d'exécution utile entraînera tout simplement l'impossibilité d'exécuter en nature et l'exécution par l'équivalent constituera alors le seul recours ouvert au créancier.

74. Voir ci-dessus, partie I.B.2.

75. Voir ci-dessus, partie I.B.3. Voir notamment les commentaires formulés au sujet de l'incompétence généralisée du débiteur, qui constitue un sujet de première importance dans le contexte de l'exécution en nature par remplacement.

l'obligation, en évitant de laisser le débiteur à la merci d'un créancier trop entreprenant.

La jurisprudence fait clairement ressortir l'idée de protection des intérêts du débiteur de bonne foi dans l'application du principe de la mise en demeure préalable à l'exécution des travaux par le tiers. Dans *Caron c. Centre Routier inc.*, un arrêt de principe rendu dans le contexte de travaux destinés à corriger un vice caché, mais qui s'applique tout aussi bien en matière de malfaçons, le juge Malouf explique :

«[L]orsqu'on dit que l'acheteur doit non seulement aviser le vendeur de l'existence d'un vice caché mais lui donner l'opportunité de vérifier si un tel vice existe, c'est pour donner au vendeur l'opportunité de prendre les mesures nécessaires pour rectifier la situation, le cas échéant. En d'autres termes, l'acheteur qui découvre que la chose est affectée d'un vice caché doit mettre son vendeur en demeure de remédier à la situation avant de faire quelque réparation que ce soit. Décider autrement ouvrirait la porte à de véritables abus.»

Le juge fait alors appel à l'exemple de l'acheteur d'un bien usagé qui ferait réparer ou améliorer la chose pour ensuite en réclamer le coût au vendeur :

«Dans un tel cas, le vendeur n'aurait que bien peu de moyens pour contester la nécessité des travaux et n'aurait plus l'opportunité d'effectuer les travaux à un coût moindre». ⁷⁶

Dans ce contexte, l'interpellation judiciaire ne peut constituer une mise en demeure adéquate. Comme le souligne le juge LeBel de la Cour d'appel, dans l'arrêt *Quintas c. Gravel* :

«[L]e créancier avait déjà [au moment de l'interpellation judiciaire] procédé à la réparation et ôté toute possibilité au débiteur de vérifier l'existence, l'étendue et le coût de réparation de ces défauts, ainsi que

76. *Caron c. Centre Routier inc.*, supra note 41 à la p. 82. Dans le même sens : 2528-7236 *Québec inc. c. Audet*, supra note 69; *Twardy c. Puisatiers J.C.M. inc.*, supra note 69. Voir aussi *Assurance Royale du Canada c. Société Navistar international du Canada*, [1996] R.R.A 597 (C.A.).

celle d'exécuter son obligation lui-même ou par autrui, le cas échéant». ⁷⁷

Si l'on suit le raisonnement exposé par le juge Nichols dans l'affaire *Gareau c. Habitations Beaupré inc.*,⁷⁸ l'idée de protection des intérêts du débiteur de bonne foi justifie d'imposer une mise en demeure au débiteur d'exécuter les travaux, même si ces travaux n'ont pas encore été effectués au moment de l'instance ou que le créancier préfère s'en tenir à des dommages-intérêts. Par une mise en demeure extrajudiciaire ou, à défaut, dans les conclusions de sa demande en justice, le créancier doit offrir au débiteur la chance de corriger son exécution,⁷⁹ plutôt que de se contenter de lui annoncer qu'il entend lui faire supporter le coût de travaux à venir ou encore la valeur d'inconvénients liés à des travaux que le créancier choisirait de ne pas faire reprendre. Cette position est certes plus audacieuse que celle applicable dans le cas de travaux déjà corrigés au moment de l'instance. En effet, lorsque les travaux n'ont pas encore fait l'objet de correction par un tiers, le débiteur est habituellement en mesure de constater son inexécution et l'étendue de celle-ci, le cas échéant. Sous cet angle, la nécessité d'accorder au débiteur une dernière chance de s'exécuter peut être perçue comme une limite importante posée au droit du créancier de choisir son recours que lui reconnaît l'article 1590 C.c.Q. : en obligeant le créancier à offrir à son débiteur de reprendre son exécution, on lui impose du même coup l'exécution en nature au détriment d'une exécution par l'équivalent. La liberté du créancier de choisir son recours ne pourrait donc être pleinement exercée qu'une fois son débiteur en demeure.⁸⁰ Toutefois, s'agissant de l'affaire *Gareau*, nous avons mentionné plus tôt que le principe de la mise en demeure aurait dû, dans les faits, être écarté compte tenu de la connaissance qu'avait le débiteur de l'insatisfaction de ses créanciers et du fait qu'il niait en grande partie les malfaçons qui lui étaient reprochées.⁸¹

77. *Quintas c. Gravel*, *supra* note 41 à la p. 386. Voir aussi *Conversions G. Perreault inc. c. I.M.C. International Machinery Consultants Inc.*, *supra* note 69.

78. *Supra* note 17.

79. *Ibid.* à la p. 442. Dans le même sens : 2528-7236 *Québec inc. c. Audet*, *supra* note 69; *Daigle c. Bélanger*, [1996] R.R.A. 880 (C.Q.). Voir aussi *Mailloux c. Mailloux*, [1981] R.P. 293 (C.A.). Voir aussi, *contra*, *Ranger c. Daigle* (5 août 1994), Bedford 455-05-000016-894, J.E. 94-1423 (C.S.); *Faucher c. Ringuette*, [1994] R.D.I. 450 (C.S.).

80. Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 433 à la p. 627.

81. Voir ci-dessus, partie I.B.3.

Qu'advient-il si le créancier présente une réclamation pour le coût d'exécution des travaux sans avoir offert au débiteur la chance de s'exécuter alors qu'il y était tenu? Une réponse intuitive consisterait à limiter la réclamation au coût que ces travaux auraient engendré pour le débiteur, si ce dernier avait été invité à s'exécuter en temps utile par le créancier. Le contrôle s'exercerait alors sur l'étendue de la réparation. Pourtant, les tribunaux ont adopté une position beaucoup plus sévère à l'endroit du créancier qui faillit à son devoir d'offrir une dernière chance à son débiteur, en opposant une fin de non-recevoir à toute réclamation pour les travaux effectués par un tiers.⁸² Le débiteur de bonne foi bénéficie alors, indirectement, de la sévérité des tribunaux à l'endroit du créancier : il ne sera pas tenu de payer pour les travaux du tiers, même lorsque la situation corrigée par le tiers lui était imputable et qu'il aurait, en temps normal, dû encourir certains frais pour corriger sa prestation. Il ne faut pas oublier que le créancier insatisfait doit, quant à lui, exécuter en entier son obligation au paiement du prix envers son cocontractant. On peut se demander si les tribunaux ne sont pas allés un peu trop loin dans la promotion de la bonne foi et entraîné ainsi un enrichissement injustifié du débiteur au détriment du créancier. Peut-être serait-il plus opportun de distinguer selon que l'absence de mise en demeure a privé le débiteur de la chance de constater son inexécution et d'en mesurer l'étendue (ce qui justifierait une fin de non recevoir), ou encore qu'il a simplement perdu la chance de réparer à coût moindre une inexécution indiscutable et facilement mesurable *a posteriori* (où la réclamation serait simplement réduite).⁸³

82. Caron c. Centre Routier inc., *supra* note 41; Quintas c. Gravel, *supra* note 41; Leduc c. Noël, *supra* note 61; Blanchette c. Bonavista Construction Co., *supra* note 69; Fierimonte c. Télé-Métropole inc., *supra* note 69; Rufiange c. Roma Poirier inc., *supra* note 69; Vachon c. Simoneau, *supra* note 61; Rivest c. Pacha Construction inc., *supra* note 69; Conversions G. Perreault inc. c. I.M.C. International Machinery Consultants Inc., *supra* note 69; Maçonnerie Laprairie inc. c. Lemieux, *supra* note 15; Twardy c. Puisatiers J.M.C. inc., *supra* note 69; Tremblay c. Dallaire, *supra* note 62. Voir aussi Raymond Caron inc. c. Chabot, *supra* note 69; Girard c. Simard, [1995] R.D.I. 281 (C.Q.); Lupien-Pothier c. 1857-2123 Québec inc., *supra* note 64. Contra, 2528-7236 Québec inc. c. Audet, *supra* note 69. Voir aussi, contra, Coderre c. Ouellette, *supra* note 64. Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 438 à la p. 635.

83. Cette distinction serait d'autant plus pertinente lorsque le créancier n'a pas encore fait procéder aux travaux, comme c'était le cas dans l'affaire Gareau c. Habitations Beaupré inc., *supra* note 17.

La sanction mise à la disposition du créancier par l'article 1602 C.c.Q. présente un caractère particulièrement expéditif lorsque la mise en demeure préalable est écartée. En outre, il faut garder à l'esprit qu'une fois les travaux complétés par le créancier ou par le tiers, il s'avérera difficile sinon impossible pour le débiteur de faire une preuve d'exécution conforme à ses obligations. Le créancier doit donc agir conformément au principe général de la bonne foi. Ceci supposerait par exemple que le créancier permette au débiteur de bonne foi de constater le défaut d'exécution reproché et de se constituer une preuve, avant de faire reprendre les travaux par un tiers. On peut suggérer qu'il en soit ainsi dans certaines circonstances, alors même que le créancier serait dispensé de lui donner une dernière chance de s'exécuter par l'effet de la loi (sauf, bien entendu, en cas d'urgence), par les termes du contrat ou dans l'un des cas résiduels de dispense admis en jurisprudence. Dans le cas contraire, le débiteur pourrait être justifié d'opposer une fin de non-recevoir à la réclamation présentée sur le fondement de l'article 1602 C.c.Q. par le créancier, si le contexte le justifie.⁸⁴ Il faut toutefois souligner le caractère exceptionnel d'une telle démarche : il ne s'agit pas de réintroduire un délai d'exécution alors que la dispense de mise en demeure exclut un tel délai, mais uniquement de contrôler les situations où l'exercice des droits du créancier peut s'avérer abusif (art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.).

En matière d'exécution en nature par remplacement, la jurisprudence fait preuve d'une sensibilité notable à l'égard des intérêts du débiteur de bonne foi confronté à un créancier déterminé à se faire justice. Si cette tendance s'avère généralement positive, il n'en faut pas moins souligner les excès auxquels elle peut conduire. Afin d'éviter que le créancier soit sacrifié sur l'autel de la protection des intérêts du débiteur, il convient donc de réévaluer les cas de dispense de mise en demeure - lorsqu'aucun cas légal ou conventionnel ne trouve application - ainsi que la sanction appropriée lorsque le débiteur n'a pas été invité à s'exécuter comme il devait l'être. D'ici là, la protection des intérêts du créancier passera plutôt par la prévention, c'est-à-dire l'information des entrepreneurs et particuliers confrontés à l'inexécution de leur cocontractant et qui pourraient apprendre, à leurs dépens, que la solution la plus efficace dans

84. Sur la fin de non-recevoir et son application possible sans nécessité d'un support législatif spécifique, voir *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339 aux pp. 359-63.

l'immédiat peut aussi s'avérer la plus coûteuse s'ils font défaut de respecter des exigences légales dont ils ignorent souvent l'existence.⁸⁵

C. La demeure dans l'inexécution substantielle du contrat et la résolution ou résiliation par le seul effet de la loi

Parmi les sanctions en matière d'inexécution contractuelle, la résolution (art. 1604 C.c.Q.) - à laquelle il convient d'assimiler ici la résiliation⁸⁶ - se démarque par ses effets radicaux : elle constitue la peine capitale, la sanction ultime. Ceci rend d'autant plus délicate la conciliation des intérêts légitimes des parties en présence - ceux du créancier insatisfait d'une inexécution qu'il juge importante, et ceux du débiteur qui risque à la fois la perte des bénéfices qui découlent du contrat dont on lui reproche l'inexécution et une condamnation à des dommages-intérêts.

Le droit offre une protection particulière au créancier insatisfait désireux de se délier d'un contrat dont il déplore l'inexécution et qui cherche à éviter les délais inhérents à un recours en justice : la résolution sans poursuite judiciaire - également appelée résolution «de plein droit» ou «extrajudiciaire». Dans le cadre d'une telle sanction, le rôle du tribunal se borne à identifier les conditions

85. Pour un exemple d'information juridique destinée au grand public en rapport avec les arrêts *Quintas* et *Caron*, voir J.H. Gagnon, «Vices cachés : l'acheteur doit mettre le vendeur en demeure de réparer» *Les Affaires* (25 mars 1995) 34; *idem*, «L'absence de mise en demeure au vendeur fait perdre à l'acheteur son recours pour vices cachés» *Les Affaires* (12 mai 1990) 30.

86. Il convient de préciser que l'on renvoie ici à la résolution ou résiliation à titre de sanction de l'inexécution des obligations du débiteur. Il ne saurait s'agir de la faculté de résolution ou de résiliation unilatérale offerte au créancier dans le cadre de certains contrats, faculté qui peut s'exercer sans avoir à faire la preuve d'une quelconque inexécution du débiteur tout en supposant parfois l'accomplissement de formalités préalables tel un préavis. Par exemple, art. 2125-2129 (contrat d'entreprise), 2175-2176 et 2178-2179 (mandat), 2091 (contrat de travail), 2228 et 2260 (contrat de société), 2362 (cautionnement), 2477-2479 (contrat d'assurance) C.c.Q.; *Loi sur la protection du consommateur*, *supra* note 6, art. 59, 73, 193-195, 202-203, 209. En cas d'inexécution injustifiée du débiteur, l'exercice de cette faculté peut être facilité; par exemple, art. 2094 C.c.Q. Au sujet de l'exercice de la faculté de résolution ou de résiliation unilatérale, voir notamment Baudouin, *Obligations*, *supra* note 7 au n° 421 à la p. 242; *Fierimonte c. Télé-Métropole inc.*, *supra* note 69. Voir aussi Tancelin et Gardner, *supra* note 35 au n° 56 à la p. 180; M. Tancelin, *Sources des obligations*, vol. 1, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993 au n° 263 aux pp. 175-76.

d'application de la résolution, à reconnaître que celle-ci est déjà survenue et à prononcer d'autres types de sanctions requises dans les circonstances - par exemple, l'octroi de dommages-intérêts en faveur du créancier victime de l'inexécution (art. 1590 al. 2 et 1458 C.c.Q.) et la restitution des prestations (art. 1606 et 1699 et s. C.c.Q.).⁸⁷

L'idée de permettre au créancier insatisfait de se prévaloir de la résolution sans poursuite judiciaire préalable n'est pas nouvelle. Depuis longtemps, les tribunaux reconnaissent la faculté des parties de conclure un pacte commissaire, c'est-à-dire une clause résolutoire en vertu de laquelle la résolution intervient, sans poursuite judiciaire, en raison de l'inexécution de l'une des parties.⁸⁸ La résolution extrajudiciaire pouvait également survenir par le seul effet de la loi, indépendamment de toute clause résolutoire. Ainsi, le Code de 1866 prévoyait déjà certains cas de résolution par le seul effet de la loi, notamment en matière de vente mobilière.⁸⁹ Il est même arrivé que les tribunaux reconnaissent, en l'absence de tout support législatif spécifique, la faculté d'une partie de considérer le contrat comme résolu de plein droit pour inexécution substantielle de son cocontractant en se fondant sur des principes généraux du droit des obligations, notamment celui de la bonne foi dans l'exécution du contrat.⁹⁰ Nous limiterons ici notre propos à la résolution

87. Par exemple, *Brassard c. Desbiens* (13 mars 1995), Chicoutimi 165-32-000371-942, J.E. 95-776 (C.Q.).

88. L'adoption du principe de l'article 1605 C.c.Q. amène à s'interroger sur le sort de la clause résolutoire. En effet, le principe énoncé à cet article rend une telle clause inutile ou, à tout le moins, en réduit grandement l'utilité : voir Pineau, *supra* note 20 au n° 157 à la p. 159; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 410 à la p. 597. Si la clause résolutoire a toujours sa place, d'autres questions devront également être abordées. Par exemple, il faudra déterminer si le débiteur doit être constitué en demeure pour se prévaloir de cette clause, par analogie avec la condition posée par l'article 1605 C.c.Q. Le professeur Pineau, *ibid.*, semble de cet avis. Par ailleurs, on peut se demander s'il sera possible d'invoquer une telle clause dans des situations où la loi fait obstacle, expressément ou implicitement, à la résolution par le seul effet de la loi. Ces différentes questions méritent, par leur importance et leur complexité, un traitement distinct.

89. Art. 1544 C.c.B.C. Voir aussi art. 1661.2, 1998-2000, 2523, 2559 C.c.B.C.

90. Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 410 aux pp. 597-98; Rosensweig, *supra* note 26 aux pp. 18-39. Sur le cas particulier de l'abandon des lieux par le locataire, reconnu d'abord par la jurisprudence puis par le Code civil, voir P.-G. Jobin, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1996 aux n°s 191-193 aux pp. 470-478 et autorités citées.

extrajudiciaire par le seul effet de la loi, dont le principe général est désormais codifié à l'article 1605 C.c.Q. :

«La résolution ou la résiliation du contrat peut avoir lieu sans poursuite judiciaire lorsque le débiteur est en demeure de plein droit d'exécuter son obligation ou qu'il ne l'a pas exécutée dans le délai fixé par la mise en demeure».

L'article 1605 C.c.Q. ne constitue donc pas une sanction entièrement nouvelle dans notre droit. L'apport de cette disposition réside plutôt dans l'élargissement du domaine de la résolution extrajudiciaire.⁹¹ Quels sont les motifs qui ont amené le législateur dans cette direction? Le désengorgement des tribunaux, nous l'avons mentionné précédemment,⁹² ne saurait être perçu comme le facteur déterminant puisque les parties devront souvent, même en cas de sanction extrajudiciaire, se présenter devant le tribunal pour faire reconnaître les conditions d'application de cette sanction ou pour faire juger de demandes accessoires tel l'octroi de dommages-intérêts ou la restitution des prestations. En définitive, l'élément central réside dans la protection des intérêts du créancier de bonne foi qui se voit privé de l'exécution de son cocontractant et qui doit attendre une période, parfois très longue, avant d'obtenir la dissolution du lien contractuel. Sa libération immédiate lui offre la possibilité, du moins en théorie, d'aller de l'avant avec d'autres projets. Par exemple, dans le cas d'une promesse de vente immobilière, le promettant-vendeur victime de l'inexécution du promettant-acheteur pourrait vendre le bien à un tiers sans avoir à attendre un jugement qui le délie de sa promesse.

La demeure joue un rôle central dans la résolution par le seul effet de la loi : dans le contexte de l'article 1605 C.c.Q.,⁹³ l'arrivée de la demeure, combinée à l'inexécution substantielle du débiteur, marque la rupture du lien contractuel. Dans ce contexte, la mise en demeure et les cas de dispense

91. Selon certains, il faudrait toutefois se garder de conclure que la résolution judiciaire soit du même coup devenue l'exception : Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 409 à la p. 596.

92. Voir *supra* note 43.

93. Pour des cas particuliers de résolution sans poursuite judiciaire, voir notamment art. 1736, 1740 et 1741 C.c.Q. (vente mobilière); art. 1848 C.c.Q. (crédit-bail); 1914, 1916 et 1975 C.c.Q. (louage résidentiel).

apparaissent comme des mécanismes régulateurs dans l'application de la résolution par le seul effet de la loi. Le jeu entre le principe et l'exception tend vers un équilibre entre les droits légitimes des deux parties en présence : le principe de l'imposition d'une mise en demeure (accompagnée d'un délai d'exécution) sert d'appui au débiteur de bonne foi disposé à s'exécuter. Par contre, lorsque les agissements du débiteur laissent voir une absence de bonne foi (en cas de répudiation ou de refus répété de s'exécuter), ou encore que les circonstances de l'inexécution rendent le rappel à l'ordre à toutes fins pratiques inutile (urgence, exécution dans un temps utile que le débiteur a laissé s'écouler, exécution en nature rendue impossible par la faute du débiteur), le créancier est dispensé de la mise en demeure (art. 1597 C.c.Q.). Peut-il également invoquer une dispense conventionnelle de mise en demeure, indépendamment du comportement du débiteur ou des circonstances de l'inexécution? L'article 1605 C.c.Q.⁹⁴ ne vise pas nommément la dispense par les termes du contrat, puisqu'elle mentionne simplement la demeure «de plein droit». Différentes possibilités peuvent être envisagées à cet égard. On pourrait d'abord soutenir qu'il s'agit là d'un oubli, puisque la dispense conventionnelle est reconnue en matière d'exécution en nature par remplacement (art. 1602 C.c.Q.). Le législateur a peut-être aussi, à tort, considéré que la mention de ce cas de dispense était inutile en confondant la demeure par les termes du contrat et la clause résolutoire. Une autre interprétation possible voudrait que l'expression «demeure de plein droit» englobe à la fois la demeure par le seul effet de la loi et celle par les termes du contrat.⁹⁵ Selon l'une ou l'autre de ces interprétations, le créancier pourrait se prévaloir de la résolution extrajudiciaire sans mise en demeure préalable, sur le fondement d'une dispense conventionnelle. Par contre, il est plausible que le législateur ait vu une distinction entre la demeure par le seul effet de la loi et la dispense conventionnelle de demeure,⁹⁶ et qu'il ait cherché à limiter l'effet de la liberté contractuelle compte tenu de la gravité particulière de cette sanction. Dans l'arrêt *Houle*, la Cour suprême adoptait d'ailleurs une approche pour le moins prudente à l'égard des clauses par

94. Voir aussi art. 1736, 1740, 1741, 1848 C.c.Q.

95. Voir Rosensweig, *supra* note 26 aux pp. 43-44. Comparer l'article 1602 C.c.Q., où l'on renvoie à la demeure «de plein droit ou par les termes mêmes du contrat». Une partie de la doctrine s'oppose à une telle assimilation : Tancelin, *Des obligations*, *supra* note 25 au n° 676 à la p. 180; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 434 à la p. 629.

96. Comparer Rainville, *supra* note 5 aux pp. 160-63 et 167.

lesquelles le créancier se permet d'agir sans avis préalable.⁹⁷ Cette dernière interprétation nous semble plus en accord avec la promotion de la bonne foi dans l'exécution de l'obligation et le principe du droit à une dernière chance pour le débiteur. De la même façon, compte tenu de l'importance de la sanction exposée à l'article 1605 C.c.Q., il faudrait écarter ou, à tout le moins, interpréter de façon très restrictive les cas de dispense qui ne sont pas reconnus comme tel par la loi mais que la jurisprudence accepte dans d'autres contextes.⁹⁸

Malgré le rôle indéniable de la mise en demeure en matière de résolution extrajudiciaire, on doit néanmoins s'interroger sur les limites de ce processus régulateur. Si la protection des intérêts du créancier semble relativement bien assurée par les cas de dispense de mise en demeure, il est loin d'être certain que le processus s'avère aussi efficace quant aux intérêts du débiteur de bonne foi disposé à s'exécuter. Le principe de mise en demeure, à lui seul, ne peut suffire à assurer la protection des intérêts du débiteur de bonne foi confronté à un créancier désireux de se faire justice. Dans cette optique, l'intervention *a posteriori* du tribunal s'avère essentielle.⁹⁹ Il convient donc de rechercher dans quelle mesure le principe de la bonne foi dans l'exécution de l'obligation - lequel s'exprime non seulement par le principe de la mise en demeure mais également par de nombreuses autres règles relatives à la mise en oeuvre du droit à l'exécution de l'obligation - permet de compléter le régime de protection accordé au débiteur. Pour ce faire, il convient de distinguer différentes hypothèses.

Le cas le plus simple est celui où le créancier ne peut se prévaloir de la résolution, quelle qu'en soit la forme. Différents motifs, inspirés plus ou moins directement par le principe de la bonne foi, peuvent faire obstacle à la résolution du contrat. Bien entendu, il en va ainsi lorsque le créancier ne peut faire la preuve d'une inexécution du débiteur, lequel a offert une prestation correcte,

97. *Supra* note 9 à la p. 176.

98. Voir ci-dessus, partie I.B.3. Il faut néanmoins rappeler que certains de ces cas peuvent, à l'occasion, être considérés comme des extensions de cas prévus par la loi, notamment celui de la répudiation (art. 1597 al. 2 C.c.Q.).

99. Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 410 à la p. 599; Tancelin et Gardner, *supra* note 35 au n° 56 aux pp. 179-80.

intégrale et ponctuelle comme l'exige la loi (art. 1590 al. 1 C.c.Q.).¹⁰⁰ Il peut également s'agir du débiteur qui n'a pas offert la prestation attendue mais dont l'inexécution présente une justification. Par exemple, l'inexécution du débiteur est attribuable à une force majeure ou cause étrangère assimilable (art. 1470 C.c.Q.), ce qui inclut notamment la faute du créancier.¹⁰¹ Une autre justification qui rend la résolution indisponible réside dans un mécanisme de première importance dans la promotion de la bonne foi en matière de mise en oeuvre du droit à l'exécution de l'obligation, soit l'exception d'inexécution (art. 1591 C.c.Q.).¹⁰² Même en cas d'inexécution injustifiée du débiteur, le créancier peut être empêché de bénéficier de la résolution. En effet, l'inexécution du débiteur doit également, pour permettre une sanction aussi radicale, s'avérer substantielle. Le créancier ne peut s'en prévaloir en cas d'inexécution de peu d'importance, à moins que, s'agissant d'une obligation à exécution successive, elle ne soit assimilée à une inexécution substantielle en raison de son caractère répétitif (art. 1604 al. 2 C.c.Q.). L'idée de bonne foi est sous-jacente à la nécessité de démontrer une inexécution substantielle : un créancier ne saurait obtenir l'anéantissement du contrat en se servant d'une inexécution de peu d'importance, puisque celle-ci constituerait alors un simple prétexte pour mettre fin à un contrat qui a, en grande partie, été respecté par le débiteur.¹⁰³ Cette règle revêt d'ailleurs une importance telle que le législateur en a reconnu explicitement le caractère d'ordre public (art. 1604 al. 2 C.c.Q.). Dans chacune de ces hypothèses, le créancier ne pourra invoquer l'article 1605 C.c.Q. pour

100. Voir *Centre régional de récupération C.S. inc. c. Service d'enlèvement de rebuts Laidlaw (Canada) ltée* (17 juillet 1995), Québec 200-05-001825-954, J.E. 95-1620 (C.S.); 2435-8855 *Québec inc. c. Salon de quilles (Ville Lemoyne) 300 inc.* (29 mars 1996), Longueuil, 505-05-001613-964, J.E. 96-1357 (C.S.), règlement hors cour, 30 juillet 1996, C.A.M. 500-09-002723-963.

101. *Placements Serge Brabant inc. c. 2751-8778 Québec inc.* (19 juin 1995), Bedford 460-05-000116-959, J.E. 95-1621 (C.S.).

102. Dans l'arrêt *Place Fleur de lys c. Tag's Kiosque Inc.*, [1995] R.J.Q. 1659 (C.A.), il nous semble que la Cour d'appel aurait pu en arriver au même résultat en s'en tenant à cet argument, sans avoir à se prononcer sur l'applicabilité de l'article 1605 C.c.Q. à la résiliation de bail. Si le locateur avait effectivement manqué à certaines de ses obligations essentielles envers le locataire, le refus de ce dernier de s'exécuter était légalement justifié.

103. *Placements Serge Brabant inc. c. 2751-8778 Québec inc.*, *supra* note 101.

priver son cocontractant des bénéfices qui découlent du contrat.¹⁰⁴ S'il fait obstacle à l'exercice des droits légitimes de son débiteur - par exemple, en cas d'expulsion *manu militari*, de privation de biens ou services prévus au contrat, etc. - le créancier sera lui-même en faute et son comportement pourra entraîner diverses sanctions, parmi lesquelles des dommages-intérêts¹⁰⁵ ou même, dans les cas extrêmes, la résolution du contrat en faveur de son cocontractant.

Par ailleurs, même en cas d'inexécution injustifiée et substantielle du débiteur, le créancier peut être privé de la faculté d'invoquer la résolution extrajudiciaire. En effet, il arrive que cette sanction soit écartée par le législateur, explicitement¹⁰⁶ ou par implication nécessaire.¹⁰⁷ Or, si le législateur

104. Tout au plus, tiendra-t-on alors compte de l'inexécution du débiteur pour permettre, par exemple, une réduction de l'obligation corrélative du créancier (art. 1604 al. 2 et 3 C.c.Q.) ou encore l'octroi de dommages-intérêts en faveur de ce dernier (art. 1458 et 1607 et s. C.c.Q.). Au sujet du créancier qui considère un contrat résolu sans y avoir droit, voir aussi Rosensweig, *supra* note 26 aux pp. 44-45.

105. Pineau, *supra* note 20 au n° 157 à la p. 158; Rosensweig, *ibid.* aux pp. 47-48.

106. Par exemple, en matière de vente immobilière (art. 1742-1743 C.c.Q.).

107. Par exemple, la résiliation d'un bail immobilier à l'initiative du locateur, pour défaut du locataire de payer le loyer : *Place Fleur de lys c. Tag's Kiosque Inc.* (C.A.), *supra* note 102. Si l'argument de la Cour d'appel fondé sur l'article 1883 C.c.Q. paraît convaincant, on peut s'interroger sur celui relatif à la formulation de l'article 1863 C.c.Q. : Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 410 à la p. 599. Il est donc permis de soutenir que cette réserve se limite au seul cas de la résiliation pour non-paiement du loyer par le locataire : Jobin, *Le louage*, *supra* note 90 au n° 114 à la p. 295. Par exemple, *Immeubles Dési ltée c. Plaza d'Alma* (1991) ltée (21 juin 1995), Alma 160-05-000151-945, J.E. 95-1445 (C.S.), désistement d'appel, 14 novembre 1995, C.A.Q. 200-09-000432-952.

Il est également possible que le droit d'un commerçant de se prévaloir de la résolution extrajudiciaire soit restreint par la *Loi sur la protection du consommateur*, *supra* note 8, art. 14 et 105-110, par analogie avec les dispositions relatives à la clause résolutoire. L'auteure tient à remercier son collègue François Tôth d'avoir bien voulu porter cette question à son attention.

Certaines décisions ont également soulevé le problème de l'utilisation des voies d'exécution des jugements par le créancier qui invoque la résolution extrajudiciaire : *Cousineau c. Witty*, [1994] R.J.Q. 2415 (C.Q.); *Place Fleur de lys c. Tag's Kiosque inc.* (25 novembre 1994), Québec 200-05-001667-943 et 200-05-001666-945, J.E. 95-197 (C.S.); dans cette dernière affaire, la Cour d'appel a néanmoins apporté la nuance suivante : «[La créancière] a raison d'argumenter que, dans l'hypothèse où un droit de résiliation ou de résolution de plein droit existe, le créancier ne serait pas nécessairement obligé dans tous les cas de passer par le truchement d'une action en justice pour faire valoir son droit. En effet, ce serait réduire à néant la déjudiciarisation du droit voulue par le législateur». *Place Fleur de lys c. Tag's Kiosque Inc.*, [1995] R.J.Q. 1659 à la p. 1664 (C.A.).

impose parfois le recours préalable aux tribunaux en matière de résolution, ce peut être entre autres pour mieux protéger les droits du débiteur de bonne foi, compte tenu des répercussions majeures de la résolution, soit l'anéantissement du contrat.¹⁰⁸ Lorsque la résolution judiciaire est exigée, le créancier ne peut alors traiter son cocontractant comme si le contrat avait été résolu par le seul effet de la loi; tout comportement de ce sens sera fautif et pourra, par conséquent, entraîner des sanctions en faveur du débiteur injustement privé des bénéfices du contrat.¹⁰⁹ Par exemple, un juge a qualifié d'abusif le comportement de la locatrice qui s'est fait justice (fermeture du commerce, expulsion de l'entreprise locataire, changement de serrures, etc.) alors que la résiliation judiciaire était requise et l'a condamnée à des dommages-intérêts, invoquant notamment les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. au soutien de sa décision.¹¹⁰

S'il est confronté à une inexécution qui justifie la résolution du contrat et que rien dans la loi ne s'oppose à l'exercice de la résolution extrajudiciaire du contrat, le créancier doit néanmoins s'assurer de respecter les conditions d'application propres à cette sanction. C'est ici que la mise en demeure joue son rôle protecteur. En principe, le créancier doit mettre son débiteur en demeure de s'exécuter. Le créancier doit donner à son débiteur une réelle chance de s'exécuter, lui accorder le délai d'exécution qu'exige la loi (art. 1595 et 1596 C.c.Q.) et la demande doit être conforme aux obligations imposées par le contrat. Le débiteur qui s'exécute à l'intérieur du délai raisonnable qui suit la mise en demeure pourra ainsi éviter la résolution.¹¹¹ Si le créancier croit

108. Ainsi, en matière de vente immobilière, le tribunal doit juger du droit du créancier d'obtenir la résolution lorsque le débiteur a déjà acquitté la moitié ou plus de son obligation (art. 2878 C.c.Q.). Voir Pineau, *supra* note 20 au n° 157 à la p. 159.

Dans le cas de la résiliation de bail pour défaut de paiement du loyer, le juge Baudouin soulève l'importance de préserver la stabilité contractuelle par le droit reconnu au locataire de payer le montant dû *in extremis* afin d'éviter la résiliation (art. 1883 C.c.Q.) : *Place Fleur de lys c. Tag's Kiosque inc.* (C.A.), *ibid.* aux pp. 1663-64.

109. Bien entendu, dans ce cas, on pourrait également tenir compte de la responsabilité du débiteur lui-même, si le créancier démontre effectivement une inexécution injustifiée et substantielle.

110. 2751-9818 *Québec inc. c. 2150-1069 Québec inc.*, [1996] R.R.A. 1221 (C.S.), règlement hors cour, 24 mai 1996, C.A.Q. 200-09-000823-960. Voir aussi Pineau, *supra* note 20 au n° 157 à la p. 158.

111. Voir Pineau, *supra* note 20 au n° 156 à la p. 157.

disposer d'un cas de dispense de mise en demeure (art. 1597 C.c.Q.), il a le fardeau de prouver les faits qui justifient cette dispense (art. 1598 C.c.Q.).¹¹²

Dans tous les cas, qu'il soit ou non tenu de mettre son débiteur en demeure, le créancier doit s'assurer d'agir de façon raisonnable et conforme aux exigences de la bonne foi (art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.). Ceci s'avère particulièrement important lorsque le créancier est dispensé de la mise en demeure, en raison du caractère particulièrement expéditif de la sanction dans de telles circonstances.¹¹³ Le créancier qui agit de façon abusive pourrait lui-même se voir imposer une sanction, par exemple la condamnation à des dommages-intérêts ou même, dans les cas extrêmes, essuyer une fin de non recevoir à sa demande fondée sur la survenance de la résolution extrajudiciaire du contrat.

Enfin, soulignons que le créancier qui désire se prévaloir de la résolution extrajudiciaire et dont le débiteur a été constitué en demeure doit adopter un comportement compatible avec le droit qu'il prétend exercer. Ainsi, un tribunal serait justifié d'opposer une fin de non-recevoir à la demande d'un créancier fondée sur l'article 1605 C.c.Q. si les agissements de ce dernier démontrent une volonté de continuer de se prévaloir du contrat ou de renoncer à invoquer l'inexécution injustifiée et substantielle du débiteur.¹¹⁴

112. Sur l'importance de la preuve de mise en demeure ou de faits qui en justifient la dispense dans le contexte de la résolution extrajudiciaire d'un contrat de vente mobilière (art. 1741 C.c.Q.), voir *Landry c. Gauthier* (22 janvier 1996), Kamouraska 250-02-000205-952, J.E. 96-429 (C.Q.).

113. Pour une illustration de la résolution extrajudiciaire, combinée à la demeure par le seul effet de la loi, voir *Brassard c. Desbiens*, *supra* note 87 (résolution de vente en faveur du vendeur sur le fondement de l'article 1740 C.c.Q.; le vendeur a ainsi pu revendre immédiatement le bien devant la répudiation de son acheteur); *Équipement Benoît Rivard c. Vicrossano inc.* (26 août 1996), Montréal 500-02-010569-957, J.E. 96-1871 (C.Q.) (résolution de vente mobilière sur le fondement de l'article 1736 C.c.Q.; le comportement du vendeur quant à la délivrance incomplète du bien a été interprétée comme une répudiation de ses obligations).

114. D'autres arguments permettent d'en arriver à la même solution. Ainsi, on pourrait alors parler d'une «purge» de la demeure, ce qui priverait celle-ci d'effets et empêcherait du même coup le créancier de se prévaloir de l'article 1605 C.c.Q. De même, dans certaines circonstances, on pourra invoquer que la remise en état des parties, requise par l'article 1606 al. 1 C.c.Q., est rendue impossible par la faute du créancier : voir *Nichols c. Toyota Drummondville (1982) inc.*, [1995] R.J.Q. 746 (C.A.).

En résumé, on ne peut nier le rôle primordial de la mise en demeure dans la protection des intérêts légitimes du débiteur de bonne foi confronté à un créancier convaincu, à tort ou à raison, de son droit à la résolution par le seul effet de la loi. Il faut toutefois reconnaître le rôle complémentaire de nombreuses règles également fondées sur l'idée de bonne foi - notamment, la nécessité d'une inexécution injustifiée et substantielle, la sanction de l'abus de droit contractuel, ainsi que le respect de l'économie propre à certains contrats à l'égard desquels la résolution extrajudiciaire s'avère incompatible. Par l'effet combiné de ces différents mécanismes, il est possible d'en arriver à une protection plus efficace des droits légitimes du débiteur et, également, plus conforme au principe général de la bonne foi dans l'exécution de l'obligation.

Conclusion

La demeure, longtemps perçue comme un simple préalable à la judiciarisation du litige, joue désormais un autre rôle non moins important, soit celui d'élément déclencheur de sanctions extrajudiciaires. Compte tenu de l'impact de telles sanctions sur le débiteur, le législateur et les tribunaux ont tout naturellement tenté d'assurer la protection des intérêts du débiteur de bonne foi, notamment par le biais des règles relatives à la demeure.

Si cette tendance est fort louable, on remarque que son application a amené quelques débordements. Il ne s'agit pas de nier l'existence de débiteurs de bonne foi disposés à s'exécuter. Il faut néanmoins éviter que certains débiteurs plus opportunistes ne réussissent à se défilier dans le contexte d'une interprétation trop rigide des conditions de dispense de mise en demeure ou encore des conditions d'application des sanctions mises à la disposition du créancier. Une telle tendance est, nous l'avons vu, particulièrement notable en matière d'exécution en nature par remplacement. Il ne s'agit pas ici d'attaquer de front la protection offerte au débiteur, mais plutôt, suivant les circonstances, d'en redessiner les contours. D'ailleurs, cet assouplissement peut également avoir pour effet d'avantager le débiteur lorsque le caractère absolu des normes favorise indûment le créancier, par exemple dans le contexte où le créancier est dispensé de mettre son débiteur en demeure et se prévaut d'une sanction extrajudiciaire de façon abusive.

Le devoir de bonne foi exprimé à l'article 6 C.c.Q., explicité à l'article 1375 C.c.Q. en matière d'obligations, se caractérise par sa grande fluidité et, dans plusieurs domaines, évolue dans un flou relatif au plan normatif. À l'égard de la demeure et de la sanction des droits du créancier, au contraire, le devoir de bonne foi s'insère dans un ensemble de normes particulièrement structuré. Il nous apparaît souhaitable de profiter de ce contexte normatif afin d'encadrer l'intervention du devoir de bonne foi, tout en mettant à profit la malléabilité de ce devoir en vue d'assouplir le régime juridique dans lequel il est appelé à s'insérer.