

Équité et bonne foi : perspectives historiques et contemporaines sur les distinctions fondamentales entre ces deux outils de justice contractuelle†

par Claudia GIROUX-GAMACHE‡

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	543
I. Questions de recherche et méthodologie	544
II. Synthèse des développements	545
A) Premier chapitre : Étude historique des fondements de notre droit des contrats.....	545
B) Deuxième chapitre : Distinction entre la bonne foi et l'équité dans le droit positif québécois	549
Conclusion	554

* La présente chronique s'inscrit dans le cadre d'un partenariat entre l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, section québécoise et la *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, au bénéfice des récipiendaires annuels d'un prix Henri Capitant.

† Claudia GIROUX-GAMACHE, *Équité et bonne foi : perspectives historiques et contemporaines sur les distinctions fondamentales entre ces deux outils de justice contractuelle*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2022. Les références à cet ouvrage sont mentionnées directement dans le texte, entre parenthèses.

‡ Avocate et titulaire d'une maîtrise en droit de l'Université de Montréal.

Introduction

Depuis l'adoption du *Code civil du Québec*¹, et plus particulièrement de la codification de la bonne foi², cette notion a fait couler beaucoup d'encre. Plus précisément, une « nouvelle moralité du contrat³ » a été proclamée. L'enthousiasme et l'engouement pour la notion de la bonne foi font oublier la mise au rencart de la lésion et de l'imprévision par le législateur québécois. Plusieurs auteurs proposent d'ailleurs une utilisation de la bonne foi pour arriver aux mêmes résultats que la lésion⁴ et l'imprévision⁵. Or, dans l'arrêt *Churchill Falls*⁶, la Cour suprême, sans

¹ RLRQ, c. CCQ-1991 (ci-après « C.c.Q. »).

² Art. 1375 C.c.Q.

³ Jean-Louis BAUDOIN, « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans Gilles GOUBEAUX, Yves GUYON, Christophe JAMIN, Paul LAGARDE, Geneviève VINEY et Jean WALINE (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 29, à la p. 29.

⁴ Louise ROLLAND, « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », (1995-1996) 26-2 *R.D.U.S.* 377, 387; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Les obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, n^o 908, p. 460; Marie Annik GRÉGOIRE, « La lésion qualifiée : est-il possible de nuire impunément à autrui en droit québécois? », (2009) 50-2 *C. de D.* 301, 303; Vincent KARIM, « La règle de la bonne foi prévue à l'article 1375 du Code civil du Québec : sa portée et les sanctions qui en découlent », (2000) 41-3 *C. de D.* 435, 448-451.

⁵ Pierre-Gabriel JOBIN, « L'imprévision dans la réforme du Code civil et aujourd'hui », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 375, à la p. 375; Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n^{os} 446 et 447, p. 538-543; Vincent KARIM, *Les obligations*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, n^{os} 325 et 326, p. 138 et 139; Marie Annik GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice contractuelle*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 237-247; Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n^o 352, p. 246; Stephan MARTIN, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », (1993) 34-2 *C. de D.* 599, 620 et suiv.; Paul-André CRÉPEAU et Élise CHARPENTIER, *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées?*, Scarborough, Carswell, 1998, p. 122-124; Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44-4 *R.D. McGill* 903, 933-937; Julie BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42-4 *R.D. McGill* 761, 769.

⁶ *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, [2018] 3 R.C.S. 101.

rejeter expressément ces théories, met en garde les juristes face à un usage à outrance de la bonne foi et rappelle que la notion a ses contours qui lui sont propres.

La pandémie a soumis plusieurs contrats au test ultime de l'imprévision, soit des circonstances extérieures imprévisibles qui affectent l'équilibre du contrat en causant un préjudice important à une partie. Dans ce contexte de crise, nous avons voulu faire un travail qui permettrait de jeter la lumière sur les outils de justice contractuelle à la disposition des juristes pour protéger les intérêts des parties désavantagées. En filigrane, le rapport entre les principes directeurs de la stabilité du contrat et la justice commutative a été analysé afin de mettre en perspective la force contraignante des outils de justice contractuelle. En effet, avant de mettre de l'avant un argument, le juriste doit savoir s'il s'agit d'un argument de principe ou d'exception.

I. Questions de recherche et méthodologie

Le mémoire avait pour but ultime de mieux comprendre les outils du juge pour assurer une meilleure justice contractuelle. Plus particulièrement, l'objectif était de distinguer la bonne foi et l'équité. Est-ce que la notion d'équité peut encore servir en droit civil québécois? Quel est son nouveau rôle depuis l'avènement du *Code civil du Québec*? Comment décrire le rapport entre l'équité et la bonne foi?

Le mémoire est divisé en deux chapitres. Le premier se présente comme une étude historique des rapports entre la loi positive, la force obligatoire du contrat et les outils de justice contractuelle que sont la bonne foi et l'équité, de la Grèce antique jusqu'à l'adoption du *Code civil du Québec*. L'objectif de ce chapitre est d'abord de décrire les fondements de notions juridiques qui sont essentielles à une bonne compréhension de l'équité et de la bonne foi, puis de démontrer quels facteurs externes peuvent avoir une incidence sur la force de la justice contractuelle. Pour ce travail, nous avons consulté tant des ouvrages de philosophes, de jurisconsultes, de théologiens que des débats parlementaires. Beaucoup de ces sources proviennent de pays d'Europe vu la nature historique de l'étude, mais nous avons cité le plus de sources possible provenant du Québec. Quant au

second chapitre, il porte un regard plus centré sur les notions de bonne foi et d'équité. Il est dédié à l'analyse du développement de ces notions à partir du *Code civil du Bas-Canada*.

La conclusion passe en revue les différences fondamentales entre la bonne foi et l'équité telles qu'elles ont été constatées dans les deux chapitres précédents. Ainsi, nous avons consulté des ouvrages de doctrine en droit québécois ainsi que la jurisprudence pertinente à l'équité et à la bonne foi provenant de la Cour du Québec, de la Cour supérieure, de la Cour d'appel et de la Cour suprême du Canada. Finalement, après un résumé de nos constats sur les notions de bonne foi et d'équité, nous apportons certains commentaires sur le rapport entre les principes directeurs de la stabilité du contrat et la justice commutative.

II. Synthèse des développements

Divisé en trois sections, le premier chapitre s'ouvre sur un survol de l'historique de l'évolution du rapport entre la loi, le contrat et les outils de justice contractuelle, partant de la Grèce antique jusqu'au XVII^e siècle. Cette période regroupe les développements où les rapports entre la loi, le contrat et la justice contractuelle laissent une place prédominante à la justice. La deuxième section présente le renversement de ces rapports en faveur d'une prédominance du contrat à partir du XVII^e siècle. Finalement, la troisième section est consacrée à la présentation de la théorie du contrat au *Code civil du Québec*, au terme de cette analyse historique.

A) Premier chapitre : Étude historique des fondements de notre droit des contrats

Comme mentionné précédemment, le premier chapitre débute avec une étude historique qui s'étend de la Grèce antique jusqu'au XVII^e siècle. La philosophie d'Aristote est le premier objet de cette analyse. Ainsi s'amorce une explication sommaire des écrits d'Aristote⁷, notamment sur le

⁷ ARISTOTE, « Éthique à Nicomaque », dans Richard BODEÛS et Pierre PELLEGRIN (dir.), *Œuvres complètes*, Paris, Éditions Flammarion, 2014, p. 1976; ARISTOTE, « Physique », dans Richard BODEÛS et Pierre PELLEGRIN (dir.), *Œuvres*

concept de la justice corrective, que nous appellerons la justice commutative. On y comprend essentiellement que pour Aristote, pour être juste selon la justice commutative, un contrat entre deux particuliers doit être composé de contreparties égales (p. 6-10). L'objet de la justice commutative est d'atteindre l'égalité dans les rapports privés (p. 8-10). La valeur d'une contrepartie est évaluée mathématiquement par rapport à son « juste prix » (p. 10). Ainsi, chaque prestation doit équivaloir à son juste prix, et la valeur des contreparties doit balancer afin de s'assurer de l'égalité des prestations. La justice commutative doit être respectée tant avant qu'après l'échange. Si l'échange n'est pas égal, il ne s'agit tout simplement pas d'un échange (contrat) pour Aristote, mais bien d'une libéralité. Selon notre compréhension, la justice commutative permettrait de corriger le contrat pour assurer l'égalité des prestations, afin de préserver sa qualification de contrat. La notion d'« équité » chez Aristote est, quant à elle, une façon pour le juge d'interpréter la loi avec restriction clémente (p. 11-13). Il s'agit de l'« équité-pouvoir ». Lorsqu'une application stricte de la loi donne un résultat injuste, le juge peut interpréter la loi contre son texte pour que le résultat soit juste (p. 12). Pour Aristote, il y a identité entre ce qui est juste et ce qui est équitable : les deux équivalent à la pleine réalisation de l'égal (p. 13). Ainsi, tant la justice commutative que l'équité-pouvoir sont des applications de ce qui est « équitable », puisque ce sont deux outils correctifs qui ont pour objectif le juste, soit d'assurer l'égalité dans les rapports (p. 13). La justice commutative corrige le contrat, alors que l'équité corrige les effets de la loi. Nous avons donc considéré aux fins du mémoire que la justice commutative et l'équité-pouvoir sont deux acceptions de la notion d'équité pour Aristote.

Est exposé, dans la première section, le rapport entre la loi, le contrat et la justice contractuelle au cœur du droit romain. Nous avons noté que le droit romain était d'abord un droit formel qui ne laissait pas de place à l'interprétation équitable ou à la correction du contrat (p. 15-17). Puis, en raison de la multiplication des relations commerciales avec des non-citoyens romains, un *jus gentium* s'est développé en marge du droit romain

complètes, Paris, Éditions Flammarion, 2014, p. 513; ARISTOTE, « Métaphysique », dans Richard BODEÛS et Pierre PELLEGRIN (dir.), *Œuvres complètes*, Paris, Éditions Flammarion, 2014, p. 1735.

afin de prêter foi aux ententes commerciales qui ne respectaient pourtant pas les formalités du droit (p. 18-20). C'est dans ce cadre que nous avons retracé le berceau de la bonne foi comme notion juridique, qui était utilisée par les prêteurs pour compléter le contrat lorsque les parties le voulaient bien (p. 21). En parallèle, l'équité existait en tant qu'outil de justice contractuelle autonome, sous forme d'exceptions d'équité, pour s'opposer aux effets du contrat lorsqu'il serait injuste (p. 21 et 22).

Puis, le chapitre se poursuit avec la présentation des théories de Thomas d'Aquin au XIII^e siècle⁸ (p. 24-30) et des travaux des scolastiques espagnols⁹ (p. 30-32), qui reprennent essentiellement la théorie d'Aristote sur la justice commutative et le même rapport loi-contrat-justice. La première section s'achève avec un survol de la doctrine de Domat (p. 32-37), un juriste de l'époque du roi Louis XIV au XVII^e siècle, qui avait pour objectif de présenter le droit romain de façon rationnelle et systématique¹⁰. Pour Domat, la loi naturelle (la justice naturelle) était supérieure à la loi positive, qui doit être écartée lorsque son application est injuste, à moins que ce soit justifié au nom de l'utile commun (p. 34). Nous avons noté que Domat fait un premier rapprochement entre l'équité et la bonne foi, en écrivant que l'équité doit compléter le contrat avec tout ce que l'équité commande, incluant l'obligation de bonne foi : « [i]l n'y a aucune espèce de convention où il ne soit pas sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander¹¹ » (p. 35).

La deuxième section du premier chapitre vise à expliquer comment et pourquoi les principes de liberté des parties et de stabilité des contrats ont suppléé la justice commutative dans la hiérarchie des principes de droit (p. 39). On y apprend donc que les penseurs de la révolution

⁸ Thomas D'AQUIN, *Somme théologique*, vol. 1, t. II, Paris, Éditions du cerf, 1984; Thomas D'AQUIN, *Somme théologique*, vol. 2, t. III, Paris, Éditions du cerf, 1985.

⁹ Réfère à des théoriciens juristes d'Espagne ayant fréquenté la même école vers la fin du XV^e au XVII^e siècle, l'École de Salamanque, qui ont été associés ensemble pour leurs travaux de la même inspiration : James GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 3.

¹⁰ Jean DOMAT, *Traité des lois*, éd. par Joseph REMY, Paris, Librairie Alex-Gobelet, 1985.

¹¹ *Id.*, p. 138.

scientifique¹² ont joué un rôle important par la mise sur un piédestal d'une science du droit, science qui se voulait précise et prévisible, donc incompatible avec les exceptions d'équité, ainsi que complètement rationnelle, donc incompatible avec les règles issues de la morale, comme la bonne foi (p. 39-42).

Puis, nous avons constaté que ce qui donne le véritable élan à la légitimité de la liberté contractuelle est la philosophie humaniste¹³, qui soutient que le consentement de la personne humaine, seul être doué de la raison, est le seul critère du juste (p. 42 et 43). Selon nos observations, ce sont ces idées de prévisibilité du droit et de libre arbitre qui ont inspiré les grandes codifications du XIX^e siècle (p. 43 et 44), ainsi que la théorie classique du contrat (p. 44-47). Selon cette dernière théorie, le contrat est, en dépit de tout rapport de force, formé par le consentement des parties, ce qui en fait un outil de justice *de facto*, tel qu'expliqué en deuxième section du chapitre premier (p. 44-47).

Ensuite, le premier chapitre se poursuit avec une présentation de l'apogée de la théorie classique du contrat, le néolibéralisme¹⁴, où, imbriquée dans une mondialisation des échanges économiques, cette doctrine politique et économique ajuste l'idéal de justice à la liberté du marché plutôt qu'à la liberté des sujets du contrat. Les outils de justice, et

¹² Notamment René Descartes et Thomas Hobbes : René DESCARTES, *Discours de la méthode* (1637), Paris, Échos du Maquis, 2011, en ligne : <<https://philosophie.cegeptr.qc.ca/wp-content/documents/Discours-de-la-m%C3%A9thode.pdf>>; Thomas HOBBS, *Léviathan* (1651). *Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, trad. par Philippe FOLLIOU, 2012, p. 105-108 (partie I, chapitre XIII), en ligne : <http://classiques.uqac.ca/classiques/hobbes_thomas/leviathan/leviathan.html>.

¹³ Philippe MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Éditions Cujas, 1996, p. 39-45 (d'Aquin), p. 75 et 76 (Grotius) et p. 85-88 (Pufendorf); Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, coll. « Folio/Essais », Paris, Gallimard, 1964, texte établi, présenté et annoté par Robert DERATHÉ, L. IV, c. II, p. 262.

¹⁴ UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE, « Néolibéralisme », *Perspective Monde*, École de politique appliquée, Faculté des lettres et sciences humaines, en ligne : <<https://perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMDictionnaire?iddictionnaire=1609>>.

même le législateur, sont évidemment, selon cette doctrine, des obstacles qui doivent céder le pas à la force de l'offre et de la demande (p. 47-50).

Le chapitre se termine avec une analyse, en troisième section, de l'intention du législateur, au moment de la codification du *Code civil du Québec* (p. 50-56), quant aux principes de liberté contractuelle et de justice commutative. Cette section se base sur les travaux de l'Office de révision du Code civil du Québec et sur les divers débats parlementaires. Selon nos constatations, alors que l'objectif du législateur était d'insérer un plus grand équilibre et une plus grande équité dans le contrat, la lésion entre majeurs et l'imprévision ont été rejetées. Seule l'obligation de bonne foi est codifiée. Ces constats nous ont amenée à nous demander si le pouvoir correctif de l'équité et la justice commutative sont totalement exclus en droit québécois, question à laquelle nous avons tenté de répondre par une analyse comparative de la bonne foi et de l'équité au second chapitre.

B) Deuxième chapitre : Distinction entre la bonne foi et l'équité dans le droit positif québécois

Le deuxième chapitre se divise quant à lui en quatre sections. Dans un premier temps sont passés en revue les paramètres généraux des notions d'équité et de bonne foi, tels qu'ils sont reconnus en doctrine et en jurisprudence québécoise actuelle. Dans un deuxième temps, nous avons étudié l'évolution de ces deux notions, d'abord sous le *Code civil du Bas-Canada* puis depuis l'adoption du *Code civil du Québec* jusqu'à aujourd'hui. La section trois est réservée à la bonne foi et la section quatre, à l'équité.

Ainsi, la première section se rapportant aux paramètres généraux des notions de bonne foi et d'équité est justifiée par l'étude historique relatée au premier chapitre, de même que par les autorités plus modernes retracées tant en doctrine qu'en jurisprudence. Nous rappelons au lecteur que les deux notions sont des notions floues servant la justice contractuelle, qui doivent demeurer floues pour conserver leur potentiel de développement (p. 57).

Nous avons présenté l'équité comme une notion à deux acceptions, lesquelles s'inspirent de la philosophie d'Aristote. Il y a d'abord

l'équité-pouvoir, c'est-à-dire le pouvoir du juge de contourner la loi lorsque ses effets sont injustes, et l'équité-valeur, soit la règle de justice naturelle permettant d'assigner ce qui est dû à chacun par l'égalité ou l'équilibre des prestations du contrat (p. 57-60). Trois fonctions à l'équité sont alors établies : la fonction corrective, la fonction supplétive et la fonction interprétative (p. 60 et 61). Rappelons que l'équité est une notion avant tout objective, inspirée par l'objectif de répartition juste, bien qu'elle soit une notion qui commande une application subjective par le juge, c'est-à-dire une application qui dépend des circonstances de chaque affaire (p. 61-63). Quant à la bonne foi, elle est présentée comme une règle essentiellement morale, plutôt axée sur le rapport entre les sujets. C'est un code de conduite (p. 63-66).

Dans la deuxième section, nous avons pris un pas de recul afin d'exposer comment la confusion entre la bonne foi et l'équité est née avant la codification du *Code civil du Québec*. Par une minutieuse revue de la doctrine et de la jurisprudence de l'époque sous le *Code civil du Bas-Canada*, nous avons noté qu'avant les années 1950, l'obligation générale de bonne foi était ignorée par les juristes de l'époque (p. 66-69). C'est donc en s'inspirant des écrits de Domat que la doctrine revendiquait la reconnaissance d'une obligation de bonne foi à importer dans le contrat par la fonction supplétive de l'équité codifiée à l'article 1024 du *Code civil du Bas-Canada* (p. 69 et 70). C'est l'approche qui sera utilisée par les tribunaux (p. 70-76). Ainsi, parce que la bonne foi a été importée en droit québécois par le truchement de l'application de l'équité, il y a eu confusion entre le rôle de la bonne foi et celui de l'équité, laquelle apparaît avant tout dans la théorie des obligations implicites.

Dans la troisième section, nous avons tenté de vérifier si la bonne foi, notion censée être évolutive, a su murir afin d'atteindre des résultats différents de ceux déjà observés avant la codification, dans les arrêts *Soucisse*¹⁵, *Bail*¹⁶ et *Houle*¹⁷ (p. 76-81), vu l'élévation de la notion au rang de principe général du droit civil (p. 82).

¹⁵ *Soucisse c. Banque nationale du Canada*, [1981] R.C.S. 339.

¹⁶ *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.

¹⁷ *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122.

Ainsi sont relevées des tentatives en doctrine d'élargir le concept de bonne foi par l'introduction de nouvelles théories du contrat, soit le solidarisme social (p. 85 et 86) et la théorie du contrat relationnel (p. 86-90). Même si ces théories n'ont pas été intégrées en bloc en droit québécois, nous avons noté un certain remodelage de la conception du contrat comme une union d'intérêt plutôt qu'un acte d'exercice d'une liberté individuelle (p. 91), ainsi que l'introduction de l'obligation de coopération, soit un devoir positif d'adopter un comportement pour que chaque partie atteigne ses attentes légitimes, dans un contrat relationnel (p. 90-94).

Nous avons également rapporté des tentatives d'élargir les fonctions de la bonne foi : ajout d'un vice de consentement, ajout d'un motif de résiliation du contrat, théorie de la lésion qualifiée et obligation de renégociation dans un cas d'imprévision (p. 95-98).

En rétrospective à ces développements doctrinaux, la troisième section se termine par une analyse détaillée de l'arrêt *Churchill Falls*. En effet, la Cour suprême a clarifié les limites de la notion de bonne foi et confirmé sa distinction avec la notion d'équité (p. 98-106). Certains points clés de cette décision permettent de jeter une lumière sur la bonne foi, mais ont aussi pour effet de freiner certains de ses développements. Ces points clés se résument de la manière suivante :

- L'obligation de coopération est limitée au contrat relationnel;
- On peut qualifier un contrat de relationnel en cas de preuve d'intention de flexibilité des parties : le lien de dépendance entre les parties n'est pas déterminant; ainsi l'obligation « accrue » de bonne foi dépend de la volonté des parties;
- La bonne foi est en harmonie avec le principe d'autonomie du contrat : elle ne peut permettre d'aller à l'encontre du paradigme du contrat;
- La bonne foi est seulement une norme de comportement, elle ne peut permettre l'imposition d'obligations positives aux parties, sous forme de prestation au contrat;
- Il est cependant possible d'arriver au même résultat qu'une obligation positive dans la mesure où il est démontré qu'il serait déraisonnable pour une partie de ne pas adopter le

comportement attendu : ce résultat ne change pas la nature de norme de comportement de la bonne foi;

- L'imposition d'obligations positives est réservée à l'article 1434 du *Code civil du Québec* et est limitée aux cas où il y a une lacune au contrat.

La dernière section du second chapitre porte sur la notion d'équité et s'amorce avec une revue des raisons qui ont mené à son déclin dans l'imaginaire juridique, soit sa mauvaise réputation et les changements dans la conception du contrat (l'adoption de la théorie classique du contrat) (p. 106-112). Nos observations de l'étude historique au premier chapitre sont alors invoquées pour réconcilier l'équité avec ses détracteurs et militer vers une plus grande utilisation de l'équité.

Puis, nous avons réalisé une analyse de la doctrine et de la jurisprudence ainsi que des dispositions du *Code civil du Québec* pour quantifier la place actuelle de l'équité dans le droit des obligations, sur la base de ses trois fonctions citées précédemment, à savoir les fonctions corrective, supplétive et interprétative. Le pouvoir correctif, soit celui de modifier le contrat pour le rendre plus juste, est limité aux cas exceptionnels prévus par la loi. Il n'y a donc pas de régime général d'exclusion de l'exploitation en droit québécois. Seules les dispositions sur les clauses pénales sont d'application générale. Malgré ce constat, nous rappelons une ouverture de la Cour suprême dans l'arrêt *Churchill Falls* à ce que l'équité puisse servir à régulariser le contrat en cas d'imprévision dans certaines circonstances, et ce, malgré le rejet par le législateur de cet outil de justice contractuelle (p. 123 et 124).

Sur le plan de la fonction supplétive, c'est-à-dire le pouvoir des tribunaux de créer du droit en cas de lacune, en s'inspirant de l'équité, nous avons rapporté sa légitimité en dépit de sa non-popularité (p. 126-128). À cet égard, comme nous l'avons fait dans le mémoire, nous reproduisons ici les propos de l'honorable Jean-Louis Baudouin, puisque nous croyons qu'ils méritent une attention toute particulière :

L'adoption du nouveau code marque indubitablement une étape majeure dans l'histoire du droit québécois. Il ne faut toutefois pas

oublier que la conception précise qu'on se fait de la justice reflète une manière de penser à une époque déterminée. De l'aveu même du président de l'Office de révision du Code civil, « [l]a promulgation d'un nouveau Code civil ne constitue qu'une étape dans la vie d'un peuple; il est essentiel de suivre l'évolution de la pratique et des mœurs afin d'adapter constamment le Code civil aux besoins nouveaux et toujours changeants de la société québécoise ». Le législateur devrait y veiller, mais il se contente d'éteindre les feux. Il devrait au contraire, avec les lumières d'un office permanent du droit privé, adapter le Code aux nouvelles réalités par des dispositions soigneusement conçues et s'intégrer à l'ensemble.

À défaut, et dans la mesure de leur pouvoir d'intervention, les juges et les auteurs – qui doivent « précéder les précédents » – ont le devoir de poursuivre la réforme du Code civil en adaptant le droit aux réalités socio-économiques changeantes. Il leur appartient non seulement d'interpréter et parfois de réinterpréter le Code, mais aussi dans les cas appropriés, d'établir de nouveaux concepts, de nouvelles règles, de nouvelles institutions, voire de nouveaux principes. Ce pouvoir, déjà affirmé par la Cour suprême, leur est expressément reconnu maintenant par le législateur dans la disposition préliminaire du Code. Certains, effrayés par ce pouvoir judiciaire, brandissent le spectre de l'effondrement de la liberté contractuelle et d'autres principes de notre droit. Pourtant, notre société jouit aujourd'hui d'une magistrature professionnelle et les tribunaux d'appel veillent à éviter les dérapages. Entre le fait de se considérer comme la simple « bouche de la loi », selon Montesquieu, et celui de verser dans l'activisme judiciaire, il y a place pour un juste équilibre¹⁸.

C'est la même chose pour le pouvoir de compléter le contrat codifié à l'article 1434 du *Code civil du Québec* (p. 128-133). À ce sujet, il existe une tendance à confondre la fonction supplétive de l'équité et la bonne foi en doctrine et en jurisprudence, alors que seule l'équité a cette fonction (p. 130-133), comme le rappelle la Cour suprême dans l'arrêt *Churchill Falls*. Certes, la bonne foi peut arriver au même résultat, mais seulement

¹⁸

J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 5, n° 17, p. 25 et 26.

lorsqu'il est démontré qu'il serait déraisonnable de ne pas se comporter conformément à l'obligation implicite. Cette distinction est importante quand vient le temps de se demander si on peut forcer en nature une obligation « de faire », qui nécessite la preuve d'une obligation contractuelle positive. Finalement, nous notons que les tribunaux appliquent parfois la fonction interprétative de l'équité (p. 133 et 134).

Conclusion

Le mémoire se termine avec un rappel des différents constats apportés sur l'équité et la bonne foi tout au long du travail. L'équité est une notion attachée à l'équilibre matériel du contrat, soit l'objet du contrat (ses prestations), alors que la bonne foi est une notion issue de la morale, qui est rattachée aux sujets du contrat (les parties). C'est une norme de comportement.

La bonne foi ne peut donc être utilisée pour corriger l'équilibre du contrat, qui relève de l'objet du contrat. Elle ne peut pas non plus corriger le contrat, parce qu'elle a surtout pour fonction de maintenir l'équilibre convenu, le paradigme du contrat (p. 134-137). Vu ce dernier constat et considérant la place marginale de l'équité en droit des obligations, qui selon nous est à la base de la grande légitimité donnée à la bonne foi, nous concluons qu'il n'est pas possible d'affirmer que la justice contractuelle a une plus grande importance que la stabilité du contrat en droit civil québécois (p. 137-139). Nous pensons également qu'il s'agit de la différence fondamentale entre l'équité et la bonne foi, en ce que l'équité a pour but de s'affranchir du contrat pour le rendre plus juste. C'est d'ailleurs ce qui retient les tribunaux devant son utilisation.

Somme toute, nous espérons que ce mémoire aidera les juristes à mieux comprendre les outils de justice contractuelle que sont la bonne foi et l'équité. Nous espérons également que ce travail générera plus de réflexion et de recherche sur la notion de l'équité. Comme le rappelait l'honorable Jean-Louis Baudouin, il est nécessaire de poursuivre ce travail comparatif entre la bonne foi et l'équité :

un sérieux effort d'analyse doctrinale reste à faire pour permettre de bien identifier les caractéristiques spécifiques des divers fondements de cette nouvelle moralité contractuelle : lésion, abus de droit, bonne foi, équité. Sans une volonté d'approfondissement et de rationalisation, deux dangers ne manqueront pas de se présenter. Le premier est de voir toutes ces notions confondues les unes avec les autres en levant ainsi tout sens aux distinctions ontologiques que semble bien avoir voulu le législateur. Le second est que la jurisprudence ne tombe dans le piège de la facilité et que, sous le couvert d'une équité, redéfinie dans un sens très large, elle ne s'arroge un trop large pouvoir de contrôle, rendant ainsi indûment vulnérable la stabilité contractuelle¹⁹.

En définitive, nous espérons également qu'il y aura des avancées sur la théorie de la cause²⁰. Cette théorie peut engendrer des utilisations intéressantes, telles que l'invalidité de toute clause allant à l'encontre des obligations essentielles au contrat, ou encore la nullité du contrat qui, au moment de sa formation, est incompatible avec la cause du contrat tant les contreparties sont déséquilibrées. Cette théorie n'a pu faire l'objet d'une analyse complète dans ce texte vu les limites d'un mémoire de maîtrise. Cela dit, dans le cadre de notre analyse, nous avons remarqué plusieurs rapprochements entre l'équité et la cause du contrat²¹. Le texte est d'ailleurs truffé de références à la cause du contrat. Il serait intéressant de faire le point sur cette théorie, surtout depuis l'arrêt de la Cour suprême *Prelco*²².

¹⁹ J.-L. BAUDOIN, préc., note 3, à la p. 43.

²⁰ À ce sujet, voir : Gabriel-Arnaud BERTHOLD, *Peut-on donner d'une clause et reprendre de l'autre? Essai sur la cause comme instrument de contrôle de la cohérence matérielle du contrat*, coll. « Minerve », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016.

²¹ Notamment, selon la professeure Élise Charpentier, « [p]lusieurs notions – comme la cause, l'erreur, l'enrichissement injustifié ou l'ordre public – auraient pu servir la cause de l'équilibre des prestations », mais la conception que le législateur et les tribunaux se font de l'équilibre « ne donne à cette idée qu'une place marginale » : Élise CHARPENTIER, *L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des Études supérieures, Université McGill, Institut de droit comparé, 2001, p. 139 et 140, en ligne : <<https://escholarship.mcgill.ca/concern/theses/dv13zw11c>>.

²² 6362222 *Canada inc. c. Prelco*, 2021 CSC 39.