

Pour l'injonction mandatoire comme recours d'exécution en nature : quelques réflexions d'un praticien

Pierre Bienvenu

Volume 20, Number 1, 1989

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058512ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058512ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bienvenu, P. (1989). Pour l'injonction mandatoire comme recours d'exécution en nature : quelques réflexions d'un praticien. *Revue générale de droit*, 20(1), 65–78. <https://doi.org/10.7202/1058512ar>

Article abstract

Drawing on a theory of economic analysis of the law, the author first notes that specific performance as a remedy in contract law has the effect of allowing the promisee, rather than the Court, the opportunity of determining the value of the obligation breached. An empirical account of negotiated settlements following recent specific performance decrees of Quebec Courts appears to counter the assumption that a specific performance decree necessarily brings performance by the promisor.

The extent to which Quebec Courts may resort to the Common Law in this field is also discussed. Recent caselaw notwithstanding, the article finally argues that the availability of specific performance as a contractual remedy in Quebec law is still uncertain. The precedent of *Dupré Quarries*, which excludes specific performance in the case of employment contracts, should be reconsidered, argues the author, on the ground that the civil law of the province of Quebec does not justify such blanket exclusions.

Pour l'injonction mandatoire comme recours d'exécution en nature : Quelques réflexions d'un praticien

PIERRE BIENVENU *
Avocat, Ogilvy, Renault, Montréal

RÉSUMÉ

Dans la première partie de ses remarques, l'auteur s'inspire d'une théorie développée en analyse économique du droit pour faire ressortir que l'exécution en nature comme sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle a pour effet de donner au créancier, de préférence au tribunal, la faculté de déterminer lui-même la valeur de l'obligation inexécutée. L'article relate le dénouement de certains différends à l'origine de décisions québécoises récentes sur le sujet pour contrer la supposition que l'émission d'« injonctions mandatoires » en matière contractuelle mène nécessairement à l'exécution forcée de la prestation promise par le débiteur lui-même.

Après avoir discuté de la place que peut légitimement revendiquer la common law comme source du droit québécois

ABSTRACT

Drawing on a theory of economic analysis of the law, the author first notes that specific performance as a remedy in contract law has the effect of allowing the promisee, rather than the Court, the opportunity of determining the value of the obligation breached. An empirical account of negotiated settlements following recent specific performance decrees of Quebec Courts appears to counter the assumption that a specific performance decree necessarily brings performance by the promisor.

The extent to which Quebec Courts may resort to the Common Law in this field is also discussed. Recent caselaw notwithstanding, the article finally argues that the availability of specific performance as a contractual remedy in Quebec law

* L'allocation dont le texte est reproduit a été prononcée le 23 septembre 1988 à l'occasion d'un colloque sur l'injonction mandatoire et les autres recours d'exécution en nature, tenu sous l'égide de l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit. L'auteur remercie M. Stéphane Létourneau, étudiant de troisième année à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, pour sa contribution à la réflexion élaborée dans ce texte.

en la matière, l'article soutient que, dans une large mesure, les frontières de l'exécution en nature des obligations en droit québécois restent encore à tracer. À titre d'illustration, l'auteur se dit d'avis que la règle de l'arrêt Dupré Quarries, qui exclut en principe l'exécution en nature en matière de contrats individuels de travail, devrait être remise en question.

is still uncertain. The precedent of Dupré Quarries, which excludes specific performance in the case of employment contracts, should be reconsidered, argues the author, on the ground that the civil law of the province of Quebec does not justify such blanket exclusions.

SOMMAIRE

Introduction	66
I. Les conséquences pratiques de l'exécution en nature : la part de la fiction et celle de la réalité	66
II. L'exécution en nature et le praticien	71
A. L'injonction mandatoire : véritable <i>remedy</i> ou simple procédure	72
B. Les frontières de l'exécution en nature en droit québécois	74
Conclusion	78

INTRODUCTION

Dans ce forum qui favorise l'étude des droits étrangers afin de mieux comprendre et d'améliorer notre droit national, je me permettrai, dans une première partie, de m'inspirer d'une discipline connexe à la nôtre : l'analyse économique du droit.

Je conclurai la seconde partie de mon exposé en examinant les frontières actuelles de l'exécution en nature en matière contractuelle et en mentionnant certains domaines dans lesquels ces frontières pourraient être élargies.

I. LES CONSÉQUENCES PRATIQUES DE L'EXÉCUTION EN NATURE : LA PART DE LA FICTION ET CELLE DE LA RÉALITÉ

Les juristes-économistes qui s'adonnent à l'analyse économique du droit cherchent à évaluer l'efficacité économique des règles de droit. Ce n'est pas dans ce but que je m'inspire de leur discipline. Je voudrais

plutôt remettre en question une réaction instinctive, qui joue parfois comme un préjugé dans l'esprit des praticiens et des juges, lorsqu'il s'agit de choisir entre l'exécution en nature des obligations et l'exécution par équivalence pécuniaire, soit l'octroi de dommages-intérêts; et je m'attacherai surtout à considérer les conséquences pratiques de ce choix. J'aurai atteint mon objectif si cette démonstration jette, à votre avis, un éclairage complémentaire sur le sujet qui nous intéresse.

L'axiome de droit anglais, *Remedies precede Rights*, fait bien ressortir, dans l'ordre inverse de celui qu'adopterait un civiliste, qu'un système juridique intervient à deux niveaux dans l'élaboration du droit. À un premier niveau d'intervention, la loi désigne le titulaire d'un droit. Elle choisit parmi des intérêts divergents celui qui prévaudra. Elle choisit, par exemple, entre le droit d'une entreprise industrielle de polluer et le droit du voisin à un environnement sain; un choix semblable intervient en matière contractuelle lorsqu'un système juridique détermine la partie qui assume le risque de la perte d'un corps certain qui est l'objet d'une obligation.

Mais les choix effectués par le droit ne s'arrêtent pas là. À un second niveau d'intervention, un système juridique doit choisir entre différents moyens de protection de ces droits. Dans un article remarqué en analyse économique du droit¹, deux Américains ont proposé une classification des différents mécanismes de protection d'un droit.

Ces auteurs identifient trois types de mécanisme de protection des droits.

D'abord, un droit peut être protégé par une « règle de propriété » (*Property Rule*), c'est-à-dire que son titulaire se voit conférer un droit de propriété ou son équivalent.

Ensuite, un droit peut être protégé par une « règle de responsabilité » (*Liability Rule*).

Enfin, la loi peut décréter qu'un droit sera inaliénable (*Rule of Inalienability*).

Selon ces auteurs, la caractéristique de la règle de propriété comme mécanisme de protection d'un droit est que pour priver le titulaire de son droit, il faut le lui acheter dans une transaction volontaire et à un prix convenu entre les parties.

À l'opposé, le propre d'une sanction par la voie d'une règle de responsabilité est que le titulaire du droit ne peut être privé de celui-ci que par le paiement d'une somme déterminée objectivement par un tiers, en l'occurrence le tribunal.

La troisième catégorie de sanction, moins pertinente en l'espèce, vise les droits que la loi exclut partiellement ou totalement du commerce en les déclarant inaliénables.

1. CALABRESE and MELAMED, « Property Rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral », (1972) 85 *Harv. L. R.* 1089.

Évidemment, et les auteurs le reconnaissent, la majorité des droits doivent faire l'objet d'une classification mixte dans cette grille d'analyse.

Les auteurs donnent un exemple que je me permets d'adapter au droit québécois. Prenons une personne, que j'appellerai monsieur Brown, et imaginons qu'il soit propriétaire d'une magnifique maison de campagne. Le droit de propriété de monsieur Brown est protégé par une règle de propriété si son voisin veut acquérir sa propriété; les parties en déterminent le prix d'un commun accord. Par ailleurs, ce même droit est protégé par une règle de responsabilité si le gouvernement veut l'exproprier; en ce cas, c'est un tribunal qui fixera le montant de l'indemnité. Enfin, le droit de monsieur Brown devient inaliénable par l'effet de la loi si monsieur Brown est interdit pour démence ou fureur en vertu de l'article 325 C.c.B.-C.

L'injonction est l'exemple classique d'un mécanisme de protection d'un droit par la voie de la règle de propriété, du moins quand elle ne met pas en question des intérêts autres que ceux des plaideurs. Une fois l'ordonnance d'injonction obtenue, le titulaire du droit ne peut en être privé que si on lui donne le prix qu'il exige. À l'inverse, si un droit est protégé par une règle de responsabilité, son titulaire peut en être privé par le paiement d'un montant fixé par le tribunal.

Prenons l'exemple de l'affaire *Canadian Paper Co. c. Brown*². Cet arrêt de 1922 de la Cour suprême du Canada a décidé que l'injonction permanente pouvait être utilisée pour obtenir l'exécution en nature d'une obligation de ne pas faire et que son octroi est régi par la jurisprudence de common law. Nous y retrouvons monsieur Brown s'adressant aux tribunaux parce que sa superbe maison de campagne est envahie par des odeurs nauséabondes émanant de l'usine de l'appelante, située à proximité de sa propriété.

Le débat dans *Brown* ne portait pas sur l'identification du titulaire du droit, soit le premier niveau d'intervention que j'ai mentionné; la Cour supérieure, la Cour d'appel et la Cour suprême du Canada ont toutes jugé que monsieur Brown était titulaire du droit de jouir pleinement de sa propriété, sans l'entrave des odeurs de la Canadian Paper.

La question en litige portait plutôt sur le moyen de protection de ce droit qui était prévu par le droit civil québécois. Canadian Paper plaidait que le droit de monsieur Brown était protégé par une règle de responsabilité et qu'il n'avait droit qu'à des dommages-intérêts que devait fixer le tribunal. Monsieur Brown plaidait au contraire que notre droit lui accordait une protection sous la forme d'une règle de propriété; il réclamait donc une injonction, et la Cour suprême lui a donné raison.

J'attire votre attention sur la conséquence de la décision de la Cour suprême, analysée du point de vue de la doctrine que je viens de

2. (1922) 63 R.C.S. 243.

résumer. Parce qu'elle a permis l'exécution en nature et retenu une règle de propriété, les auteurs diraient que la décision du tribunal a pour effet, théoriquement du moins, de permettre à monsieur Brown de fixer lui-même la valeur de son droit, qu'il pourra toujours transiger dans une négociation post-judiciaire avec l'appelante.

Ce type d'analyse peut être transposé en matière contractuelle³. Reconnaître l'exécution en nature d'une obligation, en matière contractuelle, c'est accorder au créancier une protection de son droit par une règle de propriété ; si le débiteur veut se libérer de son obligation, il devra déboursier un prix qui soit acceptable au créancier. À l'inverse, prescrire les dommages-intérêts comme mode de sanction d'une obligation revient à opter pour une règle de responsabilité et à confier au tribunal le soin d'évaluer, par des dommages-intérêts, le préjudice causé au créancier par l'inexécution du débiteur.

Quelle est la pertinence de cette grille d'analyse quant au sujet qui nous intéresse ? Je répète que je dépasserais largement le cadre de mes compétences si je tentais de justifier, par une analyse économique, la reconnaissance en faveur du créancier d'un droit d'option pour l'exécution en nature. Cette analyse me paraît intéressante en ce qu'elle relativise certains des arguments invoqués à l'encontre de l'exécution en nature, notamment, quant à ses conséquences pratiques.

D'abord elle fait ressortir que l'émission d'une injonction ordonnant l'exécution en nature d'un contrat a pour effet de laisser au créancier, de préférence au tribunal, la faculté de déterminer la valeur de l'obligation inexécutée. Deuxièmement, elle met en relief que l'exécution en nature n'a pas nécessairement pour effet de contraindre le débiteur à exécuter sa prestation. Ce débiteur pourra toujours négocier une résolution de son contrat avec le créancier. Et l'on serait fondé à croire, en matière contractuelle, que les parties sont mieux placées que le tribunal pour déterminer elles-mêmes la valeur du préjudice causé par une inexécution.

Permettez-moi de vous donner quelques exemples concrets démontrant qu'une négociation transactionnelle est possible après un jugement condamnant une partie à l'exécution en nature de ses obligations : je puise ces exemples dans des litiges que vous connaissez car ils font partie des décisions attestant cette nouvelle volonté des tribunaux québécois d'octroyer des injonctions dites mandatoires en matière contractuelle.

Prenons d'abord l'affaire *Les Propriétés Cité Concordia Ltée c. Loews Hotels Montreal Inc.*⁴. Vous vous souviendrez que le juge

3. Voir A. SCHWARTZ, « The Case for Specific Performance », (1979) 89 *Yale L. J.* 271.

4. Jugement de la Cour d'appel (17 décembre 1979), non rapporté, C.A. Montréal n° 500-09-001124-791 et jugement du juge HUGESSEN (2 août 1979), C.S. Montréal, n° 500-05-012189-799.

Hugessen, dans un jugement confirmé par la Cour d'appel, a émis une injonction interlocutoire ordonnant à Concordia de respecter, pendant la durée de l'instance, le contrat de gestion qui la liait à Loews. À ma connaissance, c'est ce jugement du juge Hugessen qui a introduit dans la jurisprudence québécoise la notion de contrats commerciaux de services entre corporations et qui a décidé, à juste titre, qu'il était inapproprié d'appliquer à de tels contrats une règle élaborée à une autre époque à l'égard des contrats de services personnels.

J'ai reconstitué la petite histoire de ce différend après la décision de la Cour d'appel. Il appert que, dans les mois qui ont suivi ce jugement, Concordia et Loews ont réglé leur différend, et ce, même s'il restait plusieurs années à courir avant que Concordia ne puisse invoquer le droit de résiliation prévu dans son contrat. De fait, lorsque j'ai demandé aux procureurs de Concordia ce qu'il était advenu de ce litige après le jugement de la Cour d'appel, on m'a répondu : « On a acheté la paix ».

J'interprète cette réponse comme voulant dire, concrètement, que Loews et Concordia ont convenu d'un règlement établissant le montant des dommages-intérêts susceptibles de compenser le préjudice découlant de l'inexécution du contrat. Je n'ai aucun doute sur le fait que la compensation agréée entre ces parties était une mesure de compensation plus exacte que celle qu'aurait pu décréter un tribunal après un long procès.

Un règlement est également intervenu dans le différend opposant Concordia et la Banque Royale du Canada⁵. On sait que la Cour d'appel a confirmé dans cette affaire une injonction interlocutoire mandatoire émise par le juge Hurtubise forçant la Banque Royale à respecter la clause de maintien des opérations stipulée dans ses baux avec Concordia⁶. Si vous avez l'occasion de passer par le Complexe La Cité, vous constaterez que le règlement intervenu entre les parties ne comporte pas le maintien des services bancaires de la Banque Royale dans la Promenade du Complexe La Cité.

Un règlement est aussi intervenu dans l'affaire *Commission des droits de la personne c. Alcan Ltée*⁷, et ce, peu après que la Cour

5. *Les Propriétés Cité Concordia Ltée c. La Banque Royale du Canada*, [1981] C.S. 812; *La Banque Royale du Canada c. Les Propriétés Cité Concordia Ltée*, [1983] R.D.J. 524 (C.A.).

6. L'année précédente, le juge Claude Benoît avait refusé l'émission d'une semblable injonction à l'égard de la succursale satellite de la Banque située dans la Promenade du Complexe La Cité, dont la Banque avait réduit les heures d'affaires à trois heures par semaine. Voir *Les Propriétés Cité Concordia Ltée c. La Banque Royale du Canada*, [1980] C.S. 118. Cette succursale est l'une des deux succursales de la Banque Royale au Complexe La Cité qui étaient visées par l'ordonnance du juge Hurtubise.

7. [1987] R.L. 277 (C.A.).

d'appel eût jugé que les articles 10, 16 et 83 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸ permettaient au tribunal d'émettre une injonction mandatoire enjoignant à un employeur d'embaucher un candidat dont il avait rejeté la candidature pour un motif discriminatoire. La Cour d'appel a décidé que ces dispositions expresses de la Charte québécoise avaient écarté le principe énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Dupré Quarries*⁹, principe trop général qui, hélas, n'a pas encore été expressément remis en question par nos tribunaux.

Je ne soutiens pas que la menace d'une exécution en nature est une panacée qui favorise nécessairement un règlement des litiges. Robert Sharpe a évoqué le risque, réel de l'avis d'une certaine doctrine mais contesté par d'autres¹⁰, qu'un créancier ne se serve de son droit à l'exécution en nature pour extorquer de son débiteur un montant d'argent supérieur aux dommages-intérêts compensatoires auxquels il aurait autrement eu droit. Ce que je veux mettre à jour, c'est simplement qu'une injonction ordonnant l'exécution en nature d'un contrat permet au créancier, de préférence au tribunal, de déterminer lui-même la valeur de l'obligation inexécutée, et n'a pas l'effet d'un décret du monarque figeant une relation contractuelle de façon immuable.

II. L'EXÉCUTION EN NATURE ET LE PRATICIEN

Il est difficile de généraliser et d'identifier les cas où, en pratique, il est avantageux de rechercher l'exécution en nature d'une obligation contractuelle de faire.

Le client qui se présente chez le praticien, qu'il soit créancier ou débiteur de l'obligation, a généralement une préférence sur l'issue du différend auquel il est partie. Sa préférence pourra varier selon qu'il s'attache au préjudice immédiat causé par l'inexécution, ou au préjudice ultime qui pourrait en résulter. Le praticien doit donc préparer une stratégie qui tienne compte du désir de son client, tout en minimisant ses dommages dans l'immédiat. Il dispose bien sûr de l'injonction interlocutoire; dans certains cas, le droit québécois lui offre aussi la faculté de pousser sa demande en exécution en nature jusqu'au stade permanent.

8. L.R.Q., c. C-12.

9. *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528.

10. En analyse économique du droit, les risques d'extorsion et l'inefficience en résultant ont été invoqués pour justifier que le droit anglais continue, du moins en principe, à privilégier l'exécution par équivalence pécuniaire à la *specific performance*; voir R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 2^e éd., Boston, Little Brown, 1977, pp. 88-89, et KRONMAN, « Specific performance », (1978) 45 *U. Chi. L. Rev.* 351, p. 367; d'autres estiment que cette crainte est sans fondement : voir SCHWARTZ, *loc. cit.*, note 3, pp. 274 à 278.

On remarque souvent, en pratique, que dans la mesure où l'avocat peut menacer de façon crédible de demander l'exécution en nature, il le fera, parfois même quand son client préfère l'octroi de dommages-intérêts comme solution définitive du différend.

S'il opte pour l'exécution en nature, le praticien devra faire face au problème soulevé par le syncrétisme qui caractérise l'injonction mandatoire comme recours pour rechercher l'exécution en nature d'une obligation; ce problème mérite quelques commentaires.

A. L'INJONCTION MANDATOIRE : VÉRITABLE *REMEDY* OU SIMPLE PROCÉDURE

En pratique, ce syncrétisme soulève essentiellement un problème de source du droit : quel rôle peut légitimement jouer le droit anglais, d'où nous vient l'injonction, pour régir un recours en exécution en nature? Un rappel historique permet d'expliquer, sans le justifier, que la jurisprudence et la doctrine proposent encore des réponses divergentes à cette question.

On sait qu'en droit anglais l'injonction est un *equitable remedy*. Un *remedy* est un moyen de sanctionner un droit qui répond à des règles de fond. Rappelons également qu'en droit anglais, l'exécution en nature d'une obligation contractuelle de faire est obtenue, non pas au moyen d'une injonction mandatoire, mais bien au moyen d'un autre *remedy* : le *remedy of specific performance*. De fait, l'injonction mandatoire du droit anglais serait peu utilisée en matière contractuelle, son rôle étant confiné à forcer la destruction de ce qui a été fait en contravention d'un engagement de ne pas faire¹¹.

Lorsque l'injonction a été introduite en droit québécois, en 1878, elle devait combler l'absence dans notre procédure civile d'une mesure provisoire comme le référé du droit français ou l'injonction interlocutoire du droit anglais. Mais le législateur a fait plus que combler ce vide; il a introduit l'action en injonction permanente en plus de la mesure provisoire souhaitée : l'injonction interlocutoire. Et lorsqu'en 1965 le législateur a permis l'injonction mandatoire, les praticiens y ont vu, avec raison dans le contexte de l'époque, le recours approprié pour rechercher l'exécution en nature d'une obligation de faire.

L'historique que nous a fait le professeur Prujiner¹² place donc le praticien dans la situation suivante :

11. *Halsbury's Laws of England*, 4th Ed., Vol. 24, n° 297.

12. A. PRUJINER, « Origines historiques de l'injonction en droit québécois », (1979) 20 *C. de D.* 249; voir également G. MASSE, « L'injonction et le droit privé québécois, une mésalliance », Thèse, Université de Montréal.

- c'est le *Code civil*, le plus souvent l'article 1065, qui reconnaît au créancier le droit de demander l'exécution de l'obligation même « dans les cas qui le permettent » ;
- mais c'est l'injonction, ce recours emprunté au droit anglais, qu'il convient d'utiliser pour obtenir l'exécution en nature.

Précisons tout de suite que lorsque l'on recherche, en début d'instance, une injonction interlocutoire, le droit anglais a indéniablement sa place dans l'interprétation des conditions énoncées à l'article 752 C.p.c. Car considérée comme mesure provisoire, l'injonction interlocutoire nous vient du common law et le droit anglais n'empiète en cette matière sur aucune règle de droit substantif québécois.

Qu'en est-il de l'action en injonction ? Il semble découler de l'enseignement de la doctrine, qu'au stade permanent, seul le droit civil devrait s'appliquer¹³. La Cour d'appel paraît pencher pour cette solution lorsqu'elle écrit, dans *Cité Concordia n° 2*, en parlant du sens des mots « dans les cas qui le permettent »¹⁴ :

To determine the general principles applicable, we are obliged to turn, as the commissioners suggested, to our *Civil Code*, and particularly article 1065 regarding specific performance of contracts :

[...]

I know no express rule of substantive law that applies in the present case, but the Bank would have us erect into such rules certain principles that are commonly observed in England. In my opinion, they are merely rules of prudence, at least in this province.

Dans cette même affaire *Concordia n° 2*, le juge Hurtubise avait opiné en première instance¹⁵ :

Notons encore que si l'injonction tire son origine du common law dont on peut s'inspirer, il ne faut pas confondre la procédure et le fond, ni l'exécution spécifique en nature de l'article 1065 C.c. avec le *specific performance* du droit anglais.

N'oublions toutefois pas que ces deux jugements ont été rendus au stade interlocutoire.

En bon praticien, je dois vous rappeler que dans au moins deux arrêts, les affaires *Canada Paper c. Brown*¹⁶, dont j'ai parlé plus tôt, et *Trudel c. Clairol*¹⁷, qui date de 1975, la Cour suprême du Canada déclare les précédents de droit anglais applicables lorsque l'exécution en

13. G. MASSE, « L'exécution des obligations via l'astreinte française et l'injonction québécoise », (1984) 44 *R. du B.* 659, pp. 688-689.

14. [1983] R.D.J. 524, p. 528.

15. [1981] C.S. 812, p. 816.

16. *Supra*, note 2.

17. [1975] 2 R.C.S. 236.

nature d'une obligation est recherchée par la voie d'une injonction permanente. Dans *Trudel c. Clairol*, le juge Pigeon, dont on hésite à ignorer les *obiter*, écrit ceci ¹⁸ :

Il me paraît suffisant de noter que l'article 752 C.p.c. reconnaît que l'on peut demander par action une injonction. Les cas dans lesquels on peut le faire ne sont pas spécifiés. Par conséquent, il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire qui s'exerce en s'inspirant des principes suivis dans les juridictions de common law puisqu'il s'agit d'un recours qu'on y a emprunté.

Monsieur le juge Lévesque avait donc de bons appuis lorsque, dans la récente affaire *Brasserie Labatt Ltée c. Ville de Montréal* ¹⁹, il appliquait à ce qu'il appelle « les mesures pour la sanction des droits exprimés aux articles 1065 et 1066 C.c. », les principes de l'injonction permanente des juridictions de common law. Ainsi, pour le guider dans l'exercice de sa discrétion, il applique la règle de la *balance of hardship* et la doctrine dite des « mains propres » ²⁰.

Je me résume. Au stade interlocutoire, il est permis d'appliquer les conditions prévues à l'article 752 C.p.c. en tenant compte du droit anglais. Si l'injonction interlocutoire s'inscrit dans une procédure qui, sur le fond, recherche l'exécution en nature d'une obligation de faire, on devrait toutefois décider s'il s'agit d'un cas qui le permet en vertu du droit substantif québécois.

C'est ce même droit substantif québécois qui, à notre avis, devrait régir l'action en injonction mandatoire au stade permanent, sous réserve des jugements que j'ai mentionnés qui assujettissent l'exercice de la discrétion du tribunal aux principes définis par le droit anglais.

B. LES FRONTIÈRES DE L'EXÉCUTION EN NATURE EN DROIT QUÉBÉCOIS

La nouvelle tendance jurisprudentielle attestée par les affaires *Loews Hotels, Concordia n^{os} 1 et 2, Labatt et Belcourt Limitée* a le mérite d'avoir relativisé le principe voulant que nul ne peut être forcé par la contrainte physique à agir contre son gré ²¹. C'est le principe fondamental

18. *Id.*, p. 246.

19. [1987] R.J.Q. 1141, p. 1147 (C.S.).

20. Le récent jugement du juge Steinberg dans *La Compagnie de Construction Belcourt Ltée c. Golden Griddle Pancake House Ltd.*, [1988] R.J.Q. 716 (C.S.), p. 728 considère également la doctrine de la *balance of hardship*; ce jugement, qui était frappé d'appel lorsque la présente allocution a été prononcée (n^o 500-09-001557-875), est désormais final, les parties en étant venues récemment à un règlement à l'amiable. Certains pourront interpréter la survenance d'un règlement de ce différend comme appuyant les remarques élaborées dans la première partie de notre exposé.

21. Au moins deux autres jugements de la Cour d'appel s'inscrivent dans la même tendance : *Société Coinamatic Inc. c. Armstrong*, (1984) 2 R.D.J. 7 et *Crawford v. Fitch*,

de droit civil exprimé par la maxime latine *nemo praecise cogi potest ad factum*. Ces récents jugements ont fait valoir, à juste titre, qu'un débiteur corporatif qui a expressément assumé une obligation contractuelle de faire ne devrait pas bénéficier de cette règle.

Notez cependant que les affaires *Concordia nos 1 et 2* et *Belcourt Limitée* ont en commun les deux caractéristiques suivantes :

- 1° tous les taux en cause comportaient une clause expresse de maintien des opérations; et
- 2° le tribunal pouvait dans les trois cas invoquer l'article 1628 C.c.B.-C. qui réitère que l'exécution en nature d'une obligation est possible en matière de louage.

Sachez aussi que l'injonction mandatoire permanente émise dans *Belcourt Ltée* a été suspendue provisoirement par requête à un juge de la Cour d'appel en vertu de l'article 760 C.p.c.. Il semble que l'argument principal de *Golden Griddle* en appel^{21a} soit que le juge de première instance a mal appliqué la doctrine de droit anglais de la *balance of hardship*.

Par ailleurs, une récente décision du juge Orville Frenette²² vient de refuser l'émission d'une injonction mandatoire permanente pour forcer un locataire à occuper et exploiter un magasin d'alimentation déficitaire dans un centre commercial. S'autorisant du fait que le bail en cause ne comportait pas de clause expresse de maintien des opérations, le juge Frenette a noté qu'aucune décision québécoise n'a encore forcé un locataire à exploiter une entreprise déficitaire si aucune clause particulière du bail ne lui imposait cette obligation. La juge Louise Mailhot a également refusé l'émission d'une injonction interlocutoire dans *Avis Immobilier GMBH c. National Trust Company*²³, affaire où le requérant ne pouvait non plus invoquer une clause expresse de maintien des opérations.

Si on fait abstraction de la jurisprudence en matière de baux commerciaux et de l'ordonnance de monsieur le juge Lévesque dans l'affaire *Labatt*, qui n'était mandatoire qu'à l'égard du droit de préemption que la ville s'était engagée par contrat à donner à Labatt, les frontières de l'exécution en nature en droit québécois restent, dans une large mesure, encore à tracer.

[1980] C.A. 583. On pourra également consulter le récent jugement du juge Lise Lemieux, dans 2320-4365 *Québec Inc. c. Le Sporting Club du Sanctuaire Inc. et al.*, (C.S. Montréal, n° 500-05-008047-886, décision rendue le 15 novembre 1988), une affaire analogue à l'affaire *Les Propriétés Cité Concordia c. Loews Hotels Montréal Inc.*, *supra*, note 4.

21a. *Golden Griddle* s'est désistée de son appel après le prononcé de la présente allocation; voir *supra*, note 20.

22. 88433 *Canada Ltée c. Provigo Distribution Inc.*, J.E. 88-932 (C.S.M.) 1988-06-03.

23. (1986) R.J.Q. 1794 (C.S.).

La clé pour reculer ces frontières nous est peut-être fournie par le professeur Tancelin lorsqu'il écrit ²⁴, invoquant la lettre de l'article 1065 C.c.B.-C. : « L'article 1065 n'a pas d'effet discriminatoire contre des catégories mais contre des "cas" ».

La catégorie dont les affaires *Loews Hotels, Concordia n^{os} 1 et 2*, et *Belcourt* se sont trouvées exclues est celle des contrats de services personnels. On sait qu'en invoquant la règle *nemo praecise*, la Cour suprême du Canada avait, en 1934, exclu purement et simplement l'exécution en nature pour cette catégorie entière de contrats ²⁵.

Il faudrait éviter que la nouvelle tendance jurisprudentielle soit rangée dans une nouvelle catégorie, celle des contrats commerciaux entre corporations, et qu'elle soit l'objet d'une interprétation fermée.

À cet égard, une décision qui me paraît particulièrement féconde pour élargir le domaine de l'exécution en nature des obligations de faire est l'arrêt *Chrysler c. LaSalle Automobiles* ²⁶, affaire malheureusement non rapportée. Était en cause en l'espèce la terminaison abusive du contrat qui liait la société Chrysler à l'un de ses concessionnaires, LaSalle Automobiles. Le jugement de la Cour d'appel a ordonné à Chrysler, par jugement final, de respecter ses obligations contractuelles à l'égard de LaSalle, sans toutefois traiter de l'obstacle de la règle *nemo praecise*. La décision ne comporte d'ailleurs aucun énoncé de principe. En fait, la Cour d'appel affirme ceci : la conséquence naturelle de la constatation que Chrysler a mis fin illégalement au contrat de concession est d'ordonner le respect du contrat.

Ce jugement me paraît intéressant pour la raison suivante. Alors que la plupart des récentes décisions ordonnant l'exécution en nature d'un contrat mettaient en cause des grosses corporations ²⁷, dans *Chrysler* le créancier était une petite entreprise, apparemment exploitée par son unique actionnaire. Ce que cette décision permet donc de prétendre, c'est qu'une réticence à l'égard de l'exécution en nature d'un contrat auquel est partie une personne physique ou une petite entreprise n'est justifiée que si cette personne ou cette petite entreprise est débitrice de l'obligation violée. Si elle est au contraire créancière de l'obligation violée, je ne vois pas de raison, en principe, d'exclure carrément l'exécution en nature; l'affaire *Chrysler* semble à tout le moins permettre cette prétention.

24. M. TANCELIN, *Des Obligations, Contrat et responsabilité*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1986, p. 387.

25. *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, *supra*, note 9.

26. *Chrysler Canada Ltée c. LaSalle Automobile Inc.*, C.A. Montréal, n° 09-000336-72, le 27 février 1974, conf. [1974] C.S. 642.

27. Dans *La Compagnie de Construction Belcourt Ltée c. Golden Griddle Pancake House Ltd.*, *supra*, note 20, à la page 725, le tribunal établit une distinction entre une « small one man business » et des « moral persons who by their magnitude transcend the will of one person ».

Cette asymétrie ne devrait pas choquer. Elle admet qu'une règle différente régit des cas différents. C'est du reste ce qu'a fait le législateur en adoptant, en matière de contrat individuel de travail, les articles 124 et suivants de la *Loi sur les normes du travail*²⁸; ces dispositions confèrent une discrétion à l'arbitre pour apprécier les circonstances de chaque espèce, mais permettent en principe l'exécution en nature à la demande d'un employé congédié sans cause juste et suffisante.

Pour la même raison, je pense qu'un praticien audacieux devrait inviter nos tribunaux à remettre en question l'arrêt *Dupré Quarries*. La professeure Bich a rédigé un plaidoyer convaincant dans ce but²⁹. Elle signale, en accord avec le professeur Tancelin, que nos tribunaux devraient définir les cas qui donnent ouverture à l'exécution en nature en fonction de la réalité socio-économique contemporaine. Or, la législation en matière de droit du travail semble indiquer assez clairement que la réalité socio-économique contemporaine ne justifie plus une objection de principe à l'exécution en nature du contrat de travail en cas de congédiement injuste par l'employeur.

Prenons l'exemple d'un employé non syndiqué travaillant dans une grande entreprise, donc dans un contexte où son contrat ne présente pas, *a priori*, un véritable caractère *intuitu personae*: j'ai du mal à accepter que cet employé puisse demander la réintégration dans son emploi s'il peut justifier de 5 ans de service continu, mais que, par l'application d'une règle jurisprudentielle énoncée en 1934, il se voie nier ce redressement si son service continu est de 4 ans et 10 mois.

En common law, on refuse l'exécution en nature d'un contrat de travail en invoquant la *doctrine of mutuality*. Cette théorie refuse l'octroi à une partie d'un *remedy* que l'autre partie au contrat ne pourrait elle aussi obtenir. Or, puisqu'on se refuse à contraindre un employé à fournir la prestation promise à son employeur — on objecte que ceci équivaldrait à le placer dans un état d'esclavage —, on accorde la contrepartie à l'employeur, peu importe la taille de son entreprise. Cette règle semble incompatible avec le droit du travail contemporain et le praticien audacieux dont j'ai parlé pourrait saisir cette occasion pour faire déclarer par nos tribunaux que la *doctrine of mutuality* ne s'applique pas en droit civil québécois.

Je conçois que, pour des raisons de bonne administration de la justice, le législateur privilégie l'arbitrage de plaintes de congédiement injuste dans des forums quasi judiciaires plutôt que devant la Cour supérieure. Si tel est le cas, cependant, le refus de nos tribunaux d'ordonner l'exécution en nature d'un contrat individuel de travail

28. L.R.Q., c. N-1.1.

29. M.F. BICH, « Du contrat individuel de travail en droit québécois : essai en forme de point d'interrogation », (1986) 17 *R.G.D.* 85.

devrait résulter d'un choix exprès du législateur plutôt que de l'adhésion à une règle jurisprudentielle périmée. Je ne veux pas non plus paraître endosser sans réserve la réintégration comme redressement en matière de congédiement injuste; ma courte expérience et les quelques données empiriques dont j'ai connaissance³⁰ suggèrent au contraire qu'arbitres et tribunaux ne devraient l'ordonner qu'avec prudence et discernement.

Je signale en terminant que, en s'autorisant de la solution adoptée par la « jurisprudence des vedettes »³¹, nos tribunaux devraient continuer à refuser de contraindre un débiteur à effectuer des activités qui requièrent un talent particulier. C'est une exclusion qui semble commune à tous les systèmes occidentaux de droit contemporain³².

CONCLUSION

Le gouvernement a récemment déposé un avant-projet de loi portant réforme au *Code civil du Québec* au chapitre du droit des obligations³³. L'article introductif d'une section intitulée *De la mise en œuvre du droit à l'exécution des obligations* est le suivant :

1647 : Lorsque le débiteur n'exécute pas entièrement l'obligation, l'exécute mal ou ne l'exécute que tardivement, et qu'il n'y a aucune justification à cette inexécution, le créancier a le droit de forcer l'exécution en nature de l'obligation, de l'exécuter aux lieu et place du débiteur ou, encore, d'en obtenir l'exécution par équivalent, sans préjudice des autres droits qui lui sont par ailleurs conférés par la loi.

On remarque également que les sous-sections consacrées à chacun des recours nommés dans cet article placent l'exécution en nature en tête de liste. Le législateur se propose donc de consacrer le droit d'option du créancier, en reconnaissant un statut égal sinon privilégié à l'exécution en nature des obligations en droit québécois.

Cette intervention législative n'est toutefois pas celle que souhaitait le professeur Massé pour « sortir l'injonction permanente du placard réservé aux mesures provisionnelles »³⁴ et pour consacrer son statut de simple procédure. Il incombera donc à la doctrine de continuer à le soutenir, aux praticiens de le plaider et aux juges de décider.

30. Voir, à titre d'exemple, les statistiques compilées par la Commission des normes du travail entre 1980 et 1986, rapportées dans G. HÉBERT et G. TRUDEAU, *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais Inc., (1987), pp. 172 à 177.

31. L'expression est de M. TANCELIN, *op. cit.*, note 24, p. 386.

32. Voir K. ZWIGERT, et H. KOTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Vol. II, *The Institutions of Private Law*, Oxford, North-Holland Publishing Company, 1977, pp. 139-158.

33. *Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, Éditeur officiel du Québec, 1987.

34. G. MASSE, *loc. cit.*, note 13, p. 690.