

LA BONNE FOI ET LE PRÉCÉDENT:

BHASIN C. HRYNEW ET LA COMMON LAW CANADIENNE

GOOD FAITH AND THE PRECEDENT: BHASIN V. HRYNEW AND THE CANADIAN COMMON LAW

LA BUENA FE Y EL PRECEDENTE: BHASIN C/ HRYNEW Y LA COMMON LAW CANADIENSE

BOA FÉ E PRECEDENTE: BHASIN C/ HRYNEW E A COMMON LAW CANADENSE

Henri R. Pallard*

Michel Giroux**

1 Introduction : la bonne foi et Bhasin c. Hrynew. 2 La common law et la bonne foi. 2.1 Après la formation du contrat. 2.2 Effet de Bhasin c. Hrynew. 2.3 Avant la formation du contrat. 3 Dans le sillage de Bhasin c. Hrynew. 4 Conclusion. Références.

RESUME

En common law canadienne, la bonne foi dans les obligations contractuelles se limite à des domaines précis ; il n'y a pas d'obligation générale. Dans *Bhasin c. Hrynew*, la Cour suprême du Canada a cherché à pallier cette insuffisance en posant un principe directeur général de bonne foi et une obligation d'agir honnêtement dans l'exécution de ses obligations contractuelles. Elle laissait aux cours inférieures la tâche de déterminer les modalités de mise en application du nouveau principe. La Cour a utilisé la méthodologie de la common law pour sortir des limites analytiques restreintes de la common law et élargir la portée de la bonne foi. Or ce

* Professeur, Département de Droit et Justice. Directeur, Centre international de recherche interdisciplinaire en droit (CIRID). Il est docteur en philosophie du droit et avocat au Barreau de l'Ontario. E-mail: <hpallard@laurentian.ca>. <http://orcid.org/0000-0001-9247-055X>

** Professeur, Département de Droit et Justice. Il est docteur en droit et avocat au Barreau de l'Ontario. E-mail: <mgiroux@laurentian.ca>. <http://orcid.org/0000-0003-4800-592X>

* La common law n'est ni le droit commun, ni le *ius commune*. Elle a été créée au cas par cas par les juges du roi qui, au lieu d'avoir recours au droit local, l'utilisait de façon exceptionnelle dans tout le pays. Voir, PALLARD, 1997.



précédent n'a pas eu l'effet escompté. La définition limitée de la bonne foi donnée par la Cour suprême du Canada a conduit les cours inférieures à réduire *Bhasin c. Hrynew* à un cas d'espèce. Devant l'indétermination du principe et de sa portée, les cours d'appel ont utilisé une gamme de techniques pour le distinguer, *Bhasin c. Hrynew* entres autres, d'un recours aux règles de la common law pour limiter son champ d'application au lieu d'un recours à la nouvelle décision pour modifier les règles de la common law. Le *Uniform Commercial Code* (UCC) et le *Code civil du Québec* (CCQ), auxquels la Cour s'était référée pour justifier l'introduction du principe directeur général en common law fournissait une feuille de route pour son élaboration que les juridictions inférieures ont refusé de suivre.

Mots-clés: Bonne foi. Précédent. Common law. Distinction. *Bhasin c. Hrynew*.

ABSTRACT

In Canadian common law^{**}, good faith in contracts is limited to specific areas; there is no general obligation of good faith. In *Bhasin v. Hrynew*, the Supreme Court of Canada, sought to remedy this shortcoming by recognising, first, a general organising principle of good faith and, secondly, an obligation to act honestly in executing a contract. It left it to the lower courts to determine how the new principle would be applied. The Court used the common law methodology to break out of the narrow analytical limits of the common law and to broaden the scope of good faith. However, this precedent did not have the desired effect. The limited definition of good faith given by the Supreme Court of Canada led the lower courts to reduce *Bhasin v. Hrynew* to a case only applicable to its particular facts. Faced with the indeterminacy of the principle and its scope, the courts of appeal distinguished *Bhasin v. Hrynew* using a range of techniques, among others, a recourse to the rules of the common law to limit its field of application instead of a recourse to the new decision to change the rules of the common law. The *Uniform Commercial Code* and the *Civil Code of Quebec*, to which the Court referred to justify the introduction of the general organising principle in the common law provided a roadmap, which the lower courts did not adopt, for its development.

Keywords: Good faith. Precedent. Common law. Distinguishing. *Bhasin v Hrynew*.

RESUMEN

En la common law^{***}, la buena fe en los contratos se limita a áreas específicas; No existe una obligación general de buena fe. En *Bhasin c/ Hrynew*, la Corte Suprema de Canadá buscó remediar esta deficiencia al reconocer, primero, un principio general de organización de buena fe y, en segundo lugar, la obligación de actuar honestamente en la ejecución de un contrato. Se dejó a los tribunales inferiores

^{**} The common law is neither the droit commun nor the ius commune. It was created on a case-by-case basis by the king's judges who, instead of having recourse to the local law, used it exceptionally throughout the country. See, PALLARD, 1997.

^{***} La common law no es ni derecho común ni ius commune. Fue creado caso por caso por los jueces del rey que, en lugar de recurrir a la ley local, lo usaron excepcionalmente en todo el país. Ver, PALLARD, 1997.

para determinar cómo se aplicaría el nuevo principio. El Tribunal utilizó la metodología de la common law canadiense para romper los estrechos límites analíticos de la common law canadiense y ampliar el alcance de la buena fe. Sin embargo, este precedente no tuvo el efecto deseado. La definición limitada de buena fe dada por la Corte Suprema de Canadá llevó a los tribunales inferiores a reducir *Bhasin c/ Hrynew* a un caso solo aplicable a sus hechos particulares. Ante la indeterminación del principio y su alcance, los tribunales de apelación lo distinguieron *Bhasin c/ Hrynew* utilizando una variedad de técnicas, entre otras, un recurso a las reglas del derecho común para limitar su campo de aplicación en lugar de un recurso a la nueva decisión de cambiar las reglas de la *common law* canadiense. El *Código Comercial Uniforme* y el *Código Civil de Quebec*, a los que se refería el Tribunal para justificar la introducción del principio general de organización en el derecho común canadiense, proporcionaron una hoja de ruta, que los tribunales inferiores no adoptaron, para su desarrollo.

Palabras-clave: Buena fe. Precedente. Common Law. Distintivo. *Bhasin c/ Hrynew*.

RESUMO

Na *common law***** canadense, a boa-fé em contratos é limitada a áreas específicas; não há obrigação geral de boa fé. Em *Bhasin c/ Hrynew*, a Suprema Corte do Canadá, procurou remediar essa lacuna reconhecendo, primeiro, um princípio geral de organização de boa fé e, segundo, uma obrigação de agir honestamente na execução de um contrato. Deixou aos tribunais inferiores determinar como o novo princípio seria aplicado. O Tribunal utilizou a metodologia da *common law* para romper com os estreitos limites analíticos da *common law* e ampliar o escopo da boa fé. No entanto, esse precedente não teve o efeito desejado. A definição limitada de boa fé dada pela Suprema Corte do Canadá levou os tribunais inferiores a reduzir *Bhasin c/ Hrynew* a um caso apenas aplicável a seus fatos particulares. Diante da indeterminação do princípio e de seu escopo, os tribunais de recurso o distinguiram usando uma série de técnicas, entre outras, um recurso às regras do direito comum para limitar seu campo de aplicação, em vez de um recurso à nova decisão de alterar as regras do direito comum. Diante da indeterminação do princípio e de seu escopo, os tribunais de recurso o distinguiram usando *Bhasin c/ Hrynew* uma série de técnicas, entre outras, um recurso às regras do direito comum para limitar seu campo de aplicação, em vez de um recurso à nova decisão de alterar as regras do direito comum. O *Código Comercial Uniforme* e o *Código Civil de Quebec*, aos quais o Tribunal se refere justificam a introdução do princípio geral de organização no *common law*, fornecendo um roteiro que os tribunais inferiores não adotaram para seu desenvolvimento.

Palavras-chave: Boa fé. Precedente. *Common law*. Distinguindo. *Bhasin c/ Hrynew*.

1 INTRODUCTION: LA BONNE FOI ET BHASIN C. HRYNEW

En 1985, après avoir constaté l'absence d'obligation de bonne foi dans l'exécution des obligations contractuelles en *common law* au Canada¹, la Commission de réforme du droit de

1 Désormais lorsque nous utilisons l'expression « common law », nous signifions la « common law au Canada ».
**** A common law não é direito comum nem ius commune. Foi criado caso a caso pelos juízes do rei que, em vez de recorrer à lei local, a usavam excepcionalmente em todo o país. Ver PALLARD, 1997.

l'Ontario s'est demandé si la création de cette obligation « devrait découler de la common law ou d'une intervention législative. » (ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, 1987, p. 169). Bien qu'elle ait plaidé en faveur d'une intervention législative, un changement partiel n'est intervenu qu'une trentaine d'années plus tard par l'interprétation judiciaire de la common law dans *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada s'est efforcée de restreindre la portée de son changement d'interprétation, précisant qu'elle énonçait un principe plutôt qu'un devoir, de bonne foi. Le nouveau devoir consiste à agir honnêtement, et non arbitrairement, dans l'exécution de ses obligations contractuelles. Cependant, certains auteurs (REYNOLDS, 2017) estiment que ce principe serait susceptible d'une application large et pourrait avoir le même effet sur le droit des contrats que *Donoghue c. Stevenson*, UKHL 100, SC (H.L.) 31, A.C. 562, eu égard au délit de négligence².

Dans cet article, nous chercherons à comprendre les changements opérés par *Bhasin c. Hrynew* à l'étape de l'exécution d'un contrat. Dans un premier temps, nous nous pencherons sur l'obligation de bonne foi en common law telle qu'elle existait avant *Bhasin c. Hrynew*. Nous examinerons, d'abord, les domaines où existait déjà une obligation de bonne foi après la formation du contrat et, ensuite, les limites qui existaient en common law sur le comportement des parties avant la formation du contrat lors de sa négociation. Dans les deux cas, nous ferons ressortir la portée du changement opéré par *Bhasin c. Hrynew*. Dans un deuxième temps, nous situerons cette transformation dans le cadre de la doctrine du précédent, parfois décrite comme la clé de voûte de la méthode de common law (HYDEM 1997, p. 69). D'abord, nous illustrerons le fonctionnement de la méthode prévue dans *Bhasin c. Hrynew* pour créer une nouvelle règle, pour ensuite traiter de l'utilisation du nouveau précédent par la jurisprudence afin de comprendre la portée du changement introduit. Il ressortira de cela que ce nouveau précédent a été largement sans effet, limité par l'utilisation de la technique de la distinction.

Selon son entente de concessionnaire avec Can-Am, Bhasin ne pouvait vendre que des produits d'épargne-études de Can-Am. Hrynew était un concurrent et vendait les mêmes produits Can-Am. Can-Am a nommé Hrynew à titre d'agent commercial provincial chargé d'examiner les pratiques de ses courtiers afin d'assurer la conformité aux lois applicables sur les valeurs mobilières. Can-Am a demandé à Bhasin de donner à Hrynew l'accès à ses dossiers. Bhasin s'opposa à donner à un concurrent ses informations commerciales confidentielles. Dans ses entretiens avec Bhasin, Can-Am l'a induit en erreur dans ses réponses à ses questions. L'accord entre Bhasin et Can-Am prévoyait soit son renouvellement automatique, soit sa résiliation avec un préavis de six mois par l'une ou l'autre des parties. A la fin de la durée de l'entente, Can-Am a informé Bhasin qu'elle y mettait fin. Bhasin a perdu la valeur de son entreprise et ses agents commerciaux sont allés travailler pour l'agence de Hrynew.

La Cour suprême du Canada a établi un processus en deux étapes pour la guider vers sa conclusion. Premièrement, elle a reconnu que la bonne foi dans l'exécution des obliga-

2 Pour une version de ce jugement en langue française, voir *Les Grands arrêts de la common law*, vol. 3, *La Responsabilité civile délictuelle*, Éditions Yvon Blais, Cowansville (Québec), p. 9-42.

tions contractuelles est un principe directeur général des contrats en common law (par. 63). Ce principe fonde les diverses règles de common law qui reconnaissent un aspect du devoir de bonne foi dans certaines situations ; les parties doivent s'acquitter de leurs obligations contractuelles de façon honnête et raisonnable et non de façon abusive ou arbitraire. Deuxièmement, et à la lumière du principe qu'elle venait d'énoncer, la Cour suprême a conclu que l'obligation d'agir de bonne foi comprenait l'obligation d'agir honnêtement dans l'exécution de ses obligations contractuelles (par. 73). Can-Am a manqué d'honnêteté dans ses relations avec Bhasin en omettant de lui divulguer ses plans qui auraient une incidence financière négative sur l'entreprise de ce dernier. Ces informations auraient permis à Bhasin de prendre des mesures pour protéger ses intérêts financiers. Il existe un lien direct entre la malhonnêteté de Can-Am et sa décision d'exercer son droit de résilier l'accord. Il est important de noter que la Cour suprême n'a pas conclu que Can-Am avait violé plus largement son devoir de bonne foi ; elle avait seulement manqué à son devoir de bonne exécution (par. 90).

2 LA COMMON LAW ET LA BONNE FOI

Pour comprendre la portée du principe directeur général et ses effets sur le droit existant, il est nécessaire de revoir la jurisprudence antérieure à *Bhasin c. Hrynew*. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a commencé par examiner l'historique de la jurisprudence relative à la doctrine de bonne foi. Elle a noté que le principe général avait tout d'abord été énoncé par les cours d'Angleterre au milieu du XVIII^e siècle³, pour ensuite être réaffirmé dans plusieurs affaires (par. 35). Au début, la common law reconnaissait la bonne foi comme un principe général ayant une large application sur l'ensemble des contrats⁴. Ce principe fut rapidement abandonné, car les cours l'ont restreint à « des types spécifiques de contrats et de relations, tels que les contrats d'assurance » (par. 36), lorsqu'un assuré a un devoir de bonne foi envers l'assureur. En considérant la bonne foi en tant que principe général d'organisation de la common law dans le domaine des obligations contractuelles, l'approche de la Cour suprême peut être considérée comme revenant à la jurisprudence originale qui fut vite laissée pour compte. Selon la Cour suprême, la common law fait largement appel à la bonne foi et à diverses obligations reposant sur une certaine forme de bonne foi au sein d'un ensemble cohérent.

2.1 APRES LA FORMATION DU CONTRAT

On peut identifier trois domaines où la common law a recours à la bonne foi pour imposer une obligation après la formation du contrat : dans l'interprétation du contrat, dans l'exécution du contrat, et dans certains types de contrats. Les diverses obligations énoncées ci-dessous étaient, selon la common law antérieure à *Bhasin c. Hrynew*, des obligations autonomes, des silos plutôt que des vases communicant, ne pouvant pas se prêter à l'interprétation des uns et des autres, car ne faisant pas partie d'un genre commun.

3 *Aleyn c. Belchier* (1758), 1 Eden 132, 28 E.R. 634, p. 637.

4 *Carter c. Boehm*, (1766) 3 Burr. 1905 (Lord Mansfield).

Premièrement, la common law a recours à la notion de bonne foi pour interpréter un des contrats abusifs, peu importe qu'il s'agisse d'une stipulation explicite ou implicite. Lors de la formation d'un contrat abusif, l'inégalité de pouvoir au cours de la négociation a permis à la partie la plus forte d'obtenir un avantage injuste au dépend de la plus faible. La common law permet à la cour d'annuler soit la clause injuste, soit le contrat lui-même. Selon la Cour suprême du Canada, une forme de la bonne foi, l'*equity*, fonde la doctrine de l'abus (par. 43).

En l'absence d'une stipulation expresse, la common law peut recourir à la bonne foi afin de permettre à la cour de conclure à la présence implicite de la clause au contrat et de donner effet aux intentions présumées mais non exprimées des parties. La partie demandant à la cour d'inclure une telle clause doit la convaincre que la clause aurait fait partie du contrat si les parties, en tant que personnes raisonnables, s'étaient penchées sur la question. Pour l'aider à présumer de l'intention des parties, la cour peut recourir à des coutumes commerciales établies de longue date, à la conduite des parties, à la nécessité de donner une efficacité commerciale au contrat et à l'intégralité du contrat. Les termes implicites corrigent les déséquilibres de pouvoir et sont fondés sur la bonne foi (par. 44)⁵.

En présence d'une stipulation expresse dont le sens fait l'objet d'un désaccord entre les parties, la common law a recours au critère de la personne raisonnable. La cour cherche alors la signification qu'un observateur objectif et désintéressé aurait donné à l'expression. La bonne foi fonde l'approche adoptée par la Cour pour interpréter les stipulations expresses (par. 45).

Deuxièmement, la Cour suprême du Canada a aussi identifié trois situations où la common law impose une obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat: lorsque les parties doivent coopérer pour réaliser le contrat, lorsqu'une partie exerce un pouvoir discrétionnaire en vertu du contrat, et lorsqu'une partie cherche à se soustraire à ses obligations contractuelles.

Lorsque la réalisation des objectifs du contrat nécessite la coopération des parties, une partie qui a le pouvoir de faire quelque chose est obligée d'agir de bonne foi. Dans *Dynamic Transport Ltd. c. O.K. Detailing Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 1072, le contrat d'achat et de vente n'identifiait pas la partie qui devait obtenir le permis d'urbanisme pour un lotissement. Selon la Cour, la bonne foi exigeait que la partie qui avait le pouvoir d'obtenir l'approbation requise d'un tiers en fasse la demande (par. 49).

Un pouvoir discrétionnaire doit être exercé de bonne foi pour atteindre l'objectif que les parties se sont donné. Dans *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c. Banque Royale du Canada*, [1995] 2 R.C.S. 187, le bailleur avait octroyé un droit d'achat d'un l'hélicoptère à sa juste valeur marchande raisonnable, qu'il lui revenait, par ailleurs, de fixer. Selon la Cour, le bailleur avait une obligation contractuelle d'agir de bonne foi et pouvait seulement demander un prix raisonnable déterminé en fonction du marché (par. 50).

Un pouvoir contractuel ne peut pas être utilisé pour éluder une obligation contractuelle. Une partie ne peut pas utiliser une clause lui permettant de résilier un contrat de manière abusive ou arbitraire, mais doit le faire de bonne foi. Dans *Mason c. Freedman*, [1958] R.C.S.

5 Voir *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299 (CANADA, 1992).

483, le vendeur avait résilié une transaction immobilière en prétendant que son épouse ne renoncerait pas à son droit matrimonial sur le bien-fonds. Selon la Cour, la common law imposait une obligation de bonne foi sur le vendeur; celui-ci ne pouvait pas choisir de ne rien faire afin de faire échouer la transaction (par. 51).

Ainsi, historiquement, la common law reconnaissait un domaine limité où l'on pouvait recourir à la bonne foi pour obliger une partie à exécuter ses obligations contractuelles. A cela, nous devons ajouter que, dans un troisième temps, une obligation de négocier de bonne foi naissait de certains types de relations contractuelles, les contrats de travail, les contrats d'assurances et les appels d'offres.

Dans tous les contrats de travail, la common law retrouve une clause implicite de bonne foi régissant le mode de cessation d'emploi. Dans *Honda Canada Inc c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362, l'employé souffrait de fatigue chronique. L'employeur avait eu recours à divers moyens pour l'amener à se plier à un examen conduit par un médecin choisi par l'entreprise, et pour finalement le congédier. La Cour a reconnu l'existence d'une obligation de bonne foi en common law qui interdisait à l'employeur de se comporter de façon inéquitable dans ses négociations avec l'employé pour mettre fin à son emploi (par. 54).

Dans le domaine des assurances, l'assureur est assujéti à une obligation de bonne foi en traitant de la réclamation de son assuré. Dans *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3, l'assureur cessa de verser des prestations d'invalidité de longue durée sous prétexte que l'assurée pouvait effectuer un travail léger ou sédentaire. Selon la Cour, l'employeur devait agir de bonne foi en menant son enquête et en évaluant la réclamation (par. 55).

Dans le contexte d'appel d'offres, l'entreprise ayant fait l'appel doit agir de bonne foi en traitant les soumissions. Dans *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, M.J.B., Enterprises avait accepté une soumission non conforme aux stipulations retrouvées dans l'appel d'offres. Selon la Cour, l'entreprise faisant l'appel doit se comporter de façon équitable dans son examen des soumissions en raison des dépenses engagées par les soumissionnaires dans la présentation de leurs soumissions (par. 56).

2.2 EFFET DE BHASIN C. HRYNEW

Les situations identifiées par la Cour suprême du Canada où la common law a recours à la bonne foi – dans l'interprétation des stipulations contractuelles, dans l'exécution du contrat et dans certaines catégories de contrat – sont, du point de vue traditionnel, des exceptions *ad hoc* à la règle générale selon laquelle les parties sont liées par leur contrat. Autrement, la cour n'intervient pas pour sauver une partie des conséquences des obligations qu'elle a librement acceptées. Selon *Bhasin c. Hrynew*, ces catégories de règles spécifiques régissant l'exécution des contrats sont des manifestations particulières d'un principe plus large, d'un principe directeur, plus large, de bonne foi (par. 63). Il s'ensuit que les obligations d'exécuter les obligations contractuelles de bonne foi ne sont pas *sui generis*, comme le dépeint la doctrine traditionnelle

en common law. Bien que les types de situations ou de manifestations particulières soient connus ou puissent être définis à partir du principe, le principe lui-même reste défini de façon vague par la Cour suprême du Canada. Compte tenu des faits de la cause, la Cour n'a pas jugé nécessaire de définir son nouveau principe. Elle s'est limitée à énoncer « que les parties doivent, de façon générale, exécuter leurs obligations contractuelles de manière honnête et raisonnable, et non de façon abusive ou arbitraire » (par. 63). Aux manifestations ou instances ou définitions particulières de bonne foi précédemment reconnues, la Cour en a ajouté une autre : l'obligation d'agir honnêtement dans l'exécution du contrat.

Dans ce contexte, l'identification d'un principe général de bonne foi duquel elle déduit l'obligation d'honnêteté en exécutant ses obligations contractuelles ne revêt pas autant d'importance qu'on aurait pu lui accorder. La Cour n'avait pas imposé d'obligation générale de bonne foi dans l'exécution et l'interprétation des contrats. Toutefois, elle avait établi une feuille de route pour les juridictions inférieures leur permettant d'élargir le champ d'application de la bonne foi dans leur interprétation des contrats et dans leur évaluation de l'exécution des obligations contractuelles. La portée du principe était alors appelée à varier en fonction de la manière dont les cours de première instance et les cours d'appel assumeraient leur tâche. Nous reviendrons sur ce point ci-dessous.

2.3 AVANT LA FORMATION DU CONTRAT

En common law, il n'existe aucun principe général de bonne foi lors des négociations qui précèdent la formation du contrat. Avant qu'une cour n'intervienne, la partie lésée devra démontrer que sa réclamation relève d'une des catégories reconnues par la common law à ce stade : la fausse déclaration, l'abus de confiance et l'obligation fiduciaire, les clauses onéreuses ou inhabituelles. Dans de telles situations, la common law interviendra pour réparer le tort occasionné.

Dans le cas d'une fausse déclaration, la common law accorde une réparation parce que la partie lésée a fait confiance au déclarant. Lorsqu'il y a un abus de confiance, la common law peut imposer une obligation fiduciaire afin de sanctionner l'abus de confiance et de protéger les informations données au cours des négociations précédant la formation du contrat⁶. Lorsqu'une partie cherche à tirer avantage de clauses onéreuses ou inhabituelles, la common law exige qu'elle ait expliqué clairement à l'autre l'effet de ces clauses⁷.

Les obligations ci-dessus existent indépendamment de la bonne foi et indépendamment les unes des autres. Elles gouvernent chacune leurs faits spécifiques. De plus, étant de nature précontractuelle, elles ne relèvent pas du principe général de bonne foi dans l'exécution des obligations contractuelles que la Cour suprême du Canada avait défini ainsi.

[le] principe directeur de bonne foi [...] sous-tend diverses autres règles plus spécifiques régissant l'exécution des contrats et [...] se manifeste dans ces règles. Ce principe directeur énonce simplement que les parties doivent, de façon générale,

6 *LAC Minerals Ltd c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574 (CANADA, 1989).

7 *Tilden Rent-A-Car Co c. Clendenning* (1978), 18 O.R. (2d) 601 (CANADA, 1978).

exécuter leurs obligations contractuelles de manière honnête et raisonnable, et non de façon abusive ou arbitraire (CANADA, 2014, par. 63).

La Cour suprême du Canada s'exprime très clairement sur l'étendue de son nouveau principe : il ne s'applique qu'au stade de l'exécution des obligations contractuelles.

La common law a élaboré une série de mesures pour sanctionner certains types de comportements au stade de la négociation, les recours étant spécifiques au type de préjudice qu'une partie a subi en raison du comportement de l'autre partie. Mais, elle n'a pas développé de théorie générale qui regroupe ces recours, comme le principe de bonne foi est désormais supposé le faire dans le domaine de l'exécution des obligations contractuelles.

On a prétendu que le principe général de bonne foi dans l'exécution des obligations contractuelles énoncé dans *Bhasin c. Hrynew* pouvait se prêter à l'évolution de la common law au stade des négociations précontractuelles et donner effet juridique à une promesse de conclure un contrat (BUCKWOLD, 2016). Dans *May c. Butcher* (1929), [1934] 2 K.B. 17 (H.L.), les parties avaient conclu une entente écrite selon laquelle elles s'entendraient sur le prix d'achat de tentes et la date de paiement lorsque les tentes seraient mises à la disposition du vendeur. Selon la Chambre des lords du Royaume-Uni, un accord pour s'entendre sur la formation d'un contrat n'est pas un contrat et la cour refusera de lui donner effet juridique.

Or *Bhasin c. Hrynew* est une affaire concernant l'exécution des obligations contractuelles. Aussi, le principe général créé par la Cour suprême du Canada ne s'étend pas au domaine de négociation menant à la formation du contrat. Autrement, il faudra étendre le principe à un domaine qui est spécifiquement exclu par la formulation qui lui est donnée par la Cour suprême du Canada. Une telle lecture contreviendrait aux règles régissant l'interprétation du précédent et une cour de première instance se verrait probablement renverser si elle devait s'appuyer sur *Bhasin c. Hrynew* dans de telles circonstances. S'il est souhaitable que le principe de bonne foi s'étende également au comportement des parties lors de la négociation conduisant à la formation du contrat, nous doutons que la common law puisse y parvenir sans une intervention musclée de la part de la Cour suprême du Canada.

3 DANS LE SILLAGE DE BAHSIN C. HRYNEW

Bien que la méthodologie de la common law voulant que l'on suive les précédents aille traditionnellement restreint la portée du principe de bonne foi en droit des contrats, la Cour suprême du Canada, dans *Bhasin c. Hrynew*, dit utiliser cette même méthodologie pour sortir des limites analytiques restreintes de la common law et élargir la portée de la bonne foi.

Nous retrouvons dans le raisonnement qui soutient sa décision plusieurs attributs caractéristiques du raisonnement en common law. En common law, les décisions des cours ne s'appliquent qu'aux faits de l'espèce. Chaque décision est spécifique aux faits. Afin de savoir si une décision particulière constitue un précédent pour une autre affaire, il faut savoir si les faits de la nouvelle affaire sont suffisamment semblables aux faits du précédent. Cette ressemblance

est déterminée par un raisonnement inductif et analogique. Le changement jurisprudentiel est progressif. Ce n'est qu'après un certain temps, lorsque la portée de l'application de la règle en question ne semble plus poser problème, qu'une cour s'aventurera à énoncer un principe qui englobe toutes les applications précédentes de la règle et qui s'appliquera, par la suite, à d'autres situations factuelles encore inconnues. C'est la démarche qu'a suivie la Chambre des lords dans *Donogue c. Stenvenson*, l'affaire fondamentale sur l'étendue de l'obligation de diligence en cas de négligence. La Cour suprême a procédé de cette manière dans *Bhasin c. Hrynew*, même si elle restreint la portée de la nouvelle règle en la qualifiant de principe directeur et en laissant aux cours inférieures la tâche de faire communiquer les vases et de combler le vide jurisprudentiel entre les silos.

En passant en revue la jurisprudence canadienne en question, la Cour suprême a identifié divers domaines dans lesquels la common law au Canada avait reconnu l'existence d'une obligation d'agir de bonne foi. Elle a constaté que l'absence d'un principe directeur général entraînait la confusion et l'incertitude dans l'application de la doctrine de bonne foi. Les domaines précis auxquels la doctrine s'applique ne sont pas évidents. Le principe directeur général vise à combler les lacunes entre les domaines où la common law a déjà identifié l'existence d'un devoir de bonne foi. Par un raisonnement inductif à partir de règles existantes, la Cour a motivé une conclusion portant sur l'existence d'un principe plus large ; les règles existantes retrouvées dans diverses situations factuelles ne sont que des manifestations de ce principe plus large. La Cour a admis qu'elle créait du nouveau droit, mais a estimé qu'elle le faisait de manière progressive, les conséquences de cette innovation étant prévisibles et la transformation conforme à l'évolution de la société (par. 40). Son but, en reconnaissant ce nouveau principe, était de rendre la common law moins instable et fragmentaire, plus cohérente et plus juste (par. 33).

La Cour suprême du Canada n'a fourni qu'une définition limitée de la bonne foi. Agir de bonne foi, c'est au moins agir honnêtement, raisonnablement, ni par caprice ni arbitrairement, et une cour peut déterminer ce qui, dans un ensemble de circonstances particulier, constituera un tel comportement. La Cour estime qu'une définition plus large n'était pas nécessaire pour résoudre l'affaire dont elle était saisie. Ainsi, la Cour a limité sa conclusion à l'obligation d'agir honnêtement dans l'exécution d'obligations contractuelles. Ayant établi son principe, la Cour en limite ensuite la portée. Son application dans toute situation dépendra d'une analyse des faits et des circonstances du cas en l'espèce ; bref, le contexte déterminera si le principe s'applique. C'est là encore une caractéristique du raisonnement en common law. L'application de la règle dépend des faits particuliers de l'affaire, et les juridictions d'appel s'avèrent réticentes à anticiper sur l'avenir, préférant laisser aux cours inférieures le soin de statuer lors des instances particulières.

Cinq ans après *Bhasin c. Hrynew*, le moment est venu de contrôler ses effets sur la jurisprudence canadienne. Depuis l'invitation de la Cour suprême du Canada de combler le principe de bonne foi, les cours canadiennes ont rendu plus de 550 décisions renvoyant à *Bhasin c. Hrynew*. Nous en avons retenu huit qui nous semblent particulièrement significatives

eu égard à leur interprétation de *Bhasin c. Hrynew*. Nous sommes en mesure de voir comment les cours canadiennes ont interprété cette affaire eu égard au principe directeur de bonne foi à l'étape de l'exécution du contrat. Si les cours en première instance ont cherché à faire évoluer la jurisprudence en la matière, les cours d'appel ont fait obstacle à ces efforts novateurs en cantonnant *Bhasin c. Hrynew* à ces faits. Nous verrons que cet arrêt de principe a eu, jusqu'à présent, un effet plutôt limité.

Les cours d'appel ont utilisé toute une gamme de techniques pour distinguer *Bhasin c. Hrynew* et en limiter la portée. La distinction est une technique reconnue et fort utilisée en common law par les cours lorsqu'elles ne veulent pas suivre un précédent qui s'impose à elles parce qu'il provient d'une cour qui leur est hiérarchiquement supérieure. En distinguant le précédent provenant de la cour supérieure de la cause que la cour inférieure doit trancher, celle-ci fait ressortir des différences entre les deux causes, de sorte que le précédent diffère de la cause à trancher. En conséquence, la cour inférieure peut prétendre qu'elle n'est pas liée par le précédent. Une première technique vient strictement cantonner le précédent au domaine précisé par l'arrêt faisant jurisprudence. D'abord, on refusera de l'appliquer à de nouveaux champs en dehors des limites fixées. Ensuite, à l'intérieur de son champ d'application, on refusera de l'appliquer à des situations de fait qui ne répondent pas fidèlement au cas d'espèce. Une deuxième technique est de continuer à donner priorité aux règles antérieures ; les anciennes règles limitent ainsi le champ d'application de la nouvelle règle. En clarifiant la portée de la nouvelle règle, on rétrécit son champ d'application.

Dans *Moulton Contracting Ltd. c. British Columbia*, 2015 BCCA 89, le gouvernement de la Colombie-Britannique avait négocié avec Moulton une entente d'exploitation forestière sur un territoire. Sans divulguer cela à Moulton, la province de la Colombie-Britannique lui octroya un permis d'exploitation forestière. Selon Moulton, la province avait alors violé une stipulation implicite du contrat selon laquelle elle avait consulté les Autochtones concernés et que ceux-ci ne s'opposeraient pas au projet d'exploitation. La Cour suprême du Canada n'avait pas encore rendu sa décision dans *Bhasin c. Hrynew* lorsque le juge en première instance a rendu sa décision donnant raison à Moulton. La Cour d'appel avait déjà entendu les parties lorsque la Cour suprême du Canada rendait sa décision. Les parties ont alors soumis des mémoires supplémentaires à la Cour d'appel. Le jugement de la Cour d'appel nous parvient trois mois après la décision de la Cour suprême du Canada ; c'est la première décision importante se penchant sur *Bhasin c. Hrynew*. Son approche à la nouvelle règle jurisprudentielle laisse prévoir l'interprétation stricte que les cours adopteront. Selon la Cour d'appel, la bonne foi dans *Bhasin c. Hrynew* n'est pas une stipulation implicite mais un principe organisateur que l'on retrouve dans des doctrines spécifiques, telles que l'exécution honnête des obligations contractuelles. Il ne faut pas confondre obligation de divulgation et obligation d'honnêteté. La province n'ayant pas agi de façon malhonnête, la Cour donna raison à la province. En l'occurrence, la technique de la distinction justifie un refus de donner une application large à l'obligation de bonne foi.

Dans *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, l'assureur, convaincu qu'il versait une indemnité excessive dans le cadre d'une police d'assurance invalidité de longue durée, arrêta ses paiements à l'assuré, refusa de lui fournir son rapport médical, et cessa de lui remettre les formulaires nécessaires pour sa déclaration de revenu. Selon ces formulaires, les prestations étaient imposables ; or elles ne l'étaient pas. Le juge en première instance avait conclu que l'assureur avait manqué à son obligation de bonne foi. Selon la Cour d'appel, l'assureur s'était laissé influencer par des considérations inappropriées et avait manqué à son obligation de bonne foi. L'assureur devait agir de façon équitable en traitant la demande de l'assuré. Cette décision applique *Bhasin c. Hrynew* dans le domaine des assurances. Toutefois, nous pouvons nous demander jusqu'à quel point nous devons ce résultat à *Bhasin c. Hrynew*. En effet, cette cause suit la jurisprudence établie auparavant par la Cour suprême du Canada dans *Fidler c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, [2006] 2 R.C.S. 3.

Dans *Styles c. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, AIM Corp. avait congédié Styles sans motif tel que permis par la common law. Selon le régime de gratification prévu au contrat, seuls les employés ayant complété un minimum de quatre années de service avaient droit à une prime en sus de leur salaire. Puisque Styles n'avait pas terminé les quatre années exigées, il n'a pas reçu de bonus. Se basant sur *Bhasin c. Hrynew*, le juge de première instance a conclu que les bonus étaient payables, car le comportement de l'employeur ne répondait pas à la norme minimale d'honnêteté requise par *Bhasin c. Hrynew*. Selon la Cour d'appel, cette décision n'établit aucun principe général d'exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire dans l'exécution du contrat. La common law permet à un employeur de mettre fin au contrat d'emploi sans motif valable, moyennant le paiement de la prime de congédiement. Ce pouvoir n'était pas assimilable à un pouvoir discrétionnaire devant être exercé de bonne foi. La Cour d'appel justifie son refus d'appliquer *Bhasin c. Hrynew* en donnant priorité aux règles particulières régissant un domaine particulier du droit par un exercice de clarification des domaines où l'obligation de bonne foi s'applique.

Dans *Northrock Resources c. ExxonMobil Canada Energy*, 2017 SKCA 60, Exxon avait accordé un droit de premier refus à Northrock sur ses intérêts dans certains champs pétroliers. Exxon a transmis ses intérêts à des sociétés affiliées à travers une transaction structurée de façon à ne pas être obligé de les offrir à Northrock. Le juge en première instance avait donné raison à Exxon. Selon la Cour d'appel, Exxon n'a ni menti ni induit Northrock en erreur, et n'a pas structuré la transaction pour passer outre à son droit de premier refus ; il n'a pas violé l'obligation de bonne foi. Confirmant cette décision, la Cour d'appel distingua l'obligation de divulgation et l'obligation d'honnêteté. Elle a aussi qualifié les faits dans la cause en l'espèce afin de rendre la règle énoncée dans *Bhasin c. Hrynew* inapplicable à ces faits.

Dans *Angus Partnership Inc. c. Salvation Army (Governing Council)*, 2018 ABCA 206, Angus avait conclu un contrat pour l'achat d'un bâtiment de la Salvation Army. En apprenant que la province de l'Alberta détenait un intérêt sur le terrain qui ne lui avait pas été divulgué, Angus refusa de clore la transaction. La Cour d'appel justifia sa décision de donner raison à la Salva-

tion Army en rappelant qu'il ne faut pas confondre le principe de divulgation et l'obligation de bonne foi. Vu que la Salvation Army n'avait pas été malhonnête, elle lui donna raison.

Dans *Atos IT Solutions c. Sapient Canada Inc.*, 2018 ONCA 374, Sapient avait conclu un contrat de sous-traitance avec Atos. Vu le retard qu'affichait Atos dans l'exécution du travail, Sapient a résilié le contrat de sous-traitance. En première instance, le juge avait conclu que Sapient avait manqué à son obligation de bonne foi. Selon la Cour d'appel, on devait appliquer le principe d'exécution minimale dans le calcul des dommages-intérêts et non le principe de bonne foi. *Bhasin c. Hrynew* ne venait pas se substituer aux principes déjà connus en droit des contrats, mais ajoutait simplement un principe organisateur. Les règles de la common law existant avant *Bhasin c. Hrynew* n'ont pas été modifiées et doivent être appliquées le cas échéant.

Dans *CM Callow Inc. c. Zollinger*, 2018 ONCA 896, la société de copropriété, pour laquelle travaillait Zollinger, avait décidé de mettre fin au contrat d'entretien de Callow, mais avait évité de le lui dire pendant 4 mois afin de ne pas mettre en jeu son exécution d'un deuxième contrat. Dans l'espoir de voir le contrat d'entretien renouvelé, Callow exécuta gratuitement des travaux paysagers supplémentaires dans le cours de son deuxième contrat. Dans une très courte décision, la Cour d'appel rejeta la proposition que l'absence d'un préavis en temps plus opportun constituait une preuve de mauvaise foi. Elle distingua les faits de la cause en l'espèce de ceux dans *Bhasin c. Hrynew*. En l'espèce, le contrat ne se renouvelait pas automatiquement, et les parties n'étaient pas tenues de maintenir une relation continue. De plus, *Bhasin c. Hrynew* ne créait pas une obligation de divulguer des informations relatives à la résiliation du contrat. Enfin, si la société de copropriété n'avait pas agi honorablement, son comportement n'était pas assimilable à une violation de l'obligation d'honnêteté dans l'exécution d'un contrat.

Dans *Greater Vancouver Sewerage and Drainage District c. Wastech Services Ltd.*, 2019 BCCA 66, le GVSD District avait modifié les conditions de transport et Wastech avait vu ses coûts d'exploitation augmenter sensiblement. L'arbitre avait eu recours au principe de bonne foi pour donner raison à la réclamation de Wastech en dommages-intérêts. La Cour d'appel a clarifié le sens du principe organisateur de bonne foi de façon à limiter sa portée. Selon elle, la Cour suprême du Canada dans *Bhasin c. Hrynew* avait ni l'intention de modifier substantiellement le principe de bonne foi, ni d'établir un nouveau droit autonome ; elle ne cherchait qu'à faire évoluer progressivement la common law. En clarifiant la portée du principe organisateur de bonne foi, la Cour d'appel a qualifié *Bhasin c. Hrynew* afin de limiter la portée de la règle énoncée et le rendre inapplicable à la cause en l'espèce.

Ce contrôle des arrêts les plus importants invoquant *Bhasin c. Hrynew* fait ressortir les diverses stratégies que les cours ont utilisées afin de limiter la portée de l'obligation de bonne foi dans l'exécution des obligations contractuelles. Les cours l'ont cantonné aux faits qui avaient donné lieu au pourvoi et ont refusé d'élargir son champ d'application. Elles n'ont pas modifié les règles de common law en fonction du nouveau principe directeur, mais les ont utilisées pour limiter son application. Leurs efforts de clarification du principe visaient à en limiter la portée au lieu de permettre son élargissement. Elles ont distingué les faits des

causes en question, notamment pour exclure une obligation de divulgation de l'obligation d'honnêteté, restreignant ainsi sévèrement sa portée.

4 CONCLUSION

Voulant surmonter les cloisons entre les cas particuliers d'obligation de bonne foi en common law par une déclaration du principe, *Bhasin c. Hrynew* n'a fait qu'ajouter une autre cloison. L'obligation d'honnêteté dans l'exécution de ses obligations n'a pas supprimé les silos. Au lieu d'énoncer un principe fondamental, les cours inférieures ont réduit *Bhasin c. Hrynew* à un silo parmi d'autres.

L'approche adoptée par la Cour suprême du Canada ne garantissait pas une modification considérable de la common law. Elle se limitait à formuler le principe de bonne foi de même qu'à créer une obligation subsidiaire d'honnêteté dans l'exécution des obligations contractuelles. Elle introduisait une double indétermination dans l'interprétation des obligations contractuelles : le sens de la bonne foi et sa portée en tant que précédent. En l'absence d'une définition large et complète de la bonne foi, les cours inférieures devaient s'orienter à l'intérieur des schèmes traditionnels de la common law. La manière dont le principe directeur général devait être structuré pour englober les applications particulières de la bonne foi devenait problématique. Elle soulevait la question fondamentale des circonstances qui justifiaient le recours à la bonne foi. Pourtant, la Cour suprême avait fourni une feuille de route pour guider l'évolution de la bonne foi et permettre aux vases de communiquer.

Les cours canadiennes n'ont pas relevé le défi que la Cour suprême du Canada leur avait lancé en les invitant à combler les vides entre les silos et à faire évoluer le principe de bonne foi. Cette réticence traduit une conception fondamentale du monde commercial en common law, elle-même tributaire d'une vision libertaire du capitalisme, peut-être le mieux théoriser par Friedrich Hayek dans *Droit, législation et liberté*⁸. La Cour avait offert d'autres modèles où la reconnaissance de la bonne foi comme principe général n'avait pas conduit à l'effondrement du monde commercial sous un régime capitaliste. Elle avait fait référence à d'autres juridictions où l'on retrouvait un principe d'obligation générale de bonne foi, sans que cela vienne perturber le monde des affaires.

Etant donné l'absence d'une définition large et globale de la bonne foi, la question qui se posait alors était de savoir comment les cours devaient déterminer les circonstances justifiant la création de nouveaux types d'obligation. Il y a deux sources d'inspiration que nous pouvons tirer de l'arrêt de la Cour suprême lui-même. Pour justifier sa reconnaissance d'un devoir général de bonne foi, elle avait déclaré que cela mettrait la common law en matière d'exécution des obligations contractuelles en conformité avec le *Uniform Commercial Code* (UCC), de même qu'avec le *Code civil du Québec* (CCQ). L'UCC et la CCQ peuvent alors être considérées comme des sources pour l'élaboration du principe de la bonne foi en common law. Des différences avec les régimes d'application de l'UCC et du CCQ indiqueraient des

8 Paris, Presses universitaires de France, 1995.

domaines où des changements pourraient être apportés à la common law au Canada. Le fait de restreindre la portée de la bonne foi dans *Bhasin c. Hrynew* à un devoir d'honnêteté dans l'exécution des obligations contractuelles est peut-être un signe que la Cour suprême du Canada était sensible à l'opposition que susciterait la reconnaissance de ce principe.

RÉFÉRENCES

BUCKWOLD, Tamara. The Enforceability of Agreements to Negotiate in Good Faith: The Impact of *Bhasin v Hrynew* and the Organizing Principle of Good Faith in Common Law Canada. **Canadian Business Law Journal**, Toronto, Canada, v. 58, p. 1-26, 2016.

HAYEK, Friedrich. **Droit, législation et liberté**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

HYDE, Christian. Le précédent. In: BELANGER-HARDY, L. et al. (dir.). **Dans Éléments de common law**. Carswell: Scarborough, Ontario, 1997. p. 69-152.

ONTARIO LAW REFORM COMMISSION. **Report on Amendment of the Law of Contract**. Toronto: Ministère du Procureur général, 1987.

PALLARD, Henri. La common law et ses institutions 1066-1875. In: BELANGER-HARDY, L.; GRENON, A. (dir.). **Dans Éléments de common law**. Carswell: Scarborough, Ontario, 1997. p. 1-58.

REYNOLDS, Nicholas. The New Neighbour Principle: Reasonable Expectations, Relationality, and Good Faith in Pre-Contractual Negotiations. **Canadian Business Law Journal**, Toronto, Canada, v. 60, p. 94-123, 2017.

Jurisprudence

Aleyn c. Belchier (1758), 1 Eden 132, 28 E.R. 634 [English Reports].

Angus Partnership Inc. c. Salvation Army (Governing Council), 2018 ABCA 206 [Alberta Court of Appeal].

Atos IT Solutions c. Sapient Canada Inc., 2018 ONCA 374 [Ontario Court of Appeal].

Bhasin c. Hrynew, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494 [Recueil de la Cour suprême du Canada].

Carter c. Boehm (1766), 3 Burr. 1905 [Burrows' English King's Bench Reports].

CM Callow Inc. c. Zollinger, 2018 ONCA 896.

Donoghue c. Stevenson, UKHL 100, SC (H.L.) 31, A.C. 562 [Appeals Cases].

Dynamic Transport Ltd. c. O.K. Detailing Ltd., [1978] 2 R.C.S. 1072.

Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3.

Greater Vancouver Sewerage and Drainage District c. Wastech Services Ltd., 2019 BCCA 66 [British Columbia Court of Appeal].

Honda Canada Inc. c. Keays, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362.

Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine, 2015 NSCA 104 [Nova Scotia Court of Appeal].

LAC Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd., [1989] 2 R.C.S. 574.

London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd., [1992] 3 R.C.S. 299.

Mason c. Freedman, [1958] R.C.S. 483.

May c. Butcher (1929), [1934] 2 K.B. 17 (H.L.) [King's Bench Reports].

Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c. Banque Royale du Canada, [1995] 2 R.C.S. 187.

M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée, [1999] 1 R.C.S. 619.

Moulton Contracting Ltd. c. British Columbia, 2015 BCCA 89.

Northrock Resources c. ExxonMobil Canada Energy, 2017 SKCA 60 [Saskatchewan Court of Appeal].

Styles c. Alberta Investment Management Corp., 2017 ABCA 1.

Tilden Rent-A-Car Co. c. Clendenning (1978), 18 O.R. (2d) 601 [Ontario Reports].

NOTE

Les co-auteurs ont travaillé en collaboration sur l'ensemble de l'article, de l'étape de la recherche à l'étape de la rédaction. Aucune partie du travail n'est exclusive à l'un ou l'autre.