

LIBRES PROPOS SUR LA FORCE MAJEURE INVOQUÉE PAR LE CRÉANCIER

Jérémie Torres-Ceyte*

En raison de la crise sanitaire liée à la pandémie de la Covid-19, la force majeure connaît un regain d'attention jurisprudentielle. Plusieurs affaires récentes jettent un éclairage particulier sur une question largement ignorée jusqu'à alors, soit celle de la force majeure invoquée par le créancier d'une obligation. Les perspectives ouvertes par l'admission d'une telle possibilité dans notre droit sont incontestablement de nature à séduire certains acteurs juridiques. Toutefois, cette admission n'irait pas sans poser de nombreux défis pour l'ordonnement de la théorie générale du contrat. L'auteur tente de démontrer ici qu'il s'agit en réalité d'une fausse question qui connaît déjà des solutions bien établies qu'il n'apparaît pas opportun de remettre en cause.

Due to the health crisis linked to the Covid-19 pandemic, force majeure is experiencing renewed attention in case law. Several recent cases shed light on an issue that was largely ignored until now, namely, that of force majeure invoked by the holder of an obligation. The prospects created by the admission of such a possibility in our law will unquestionably appeal to certain legal actors. However, this admission would not go without creating many challenges for the ordering of the general theory of contracts. The author attempts to demonstrate here that this is in fact a false question that already has well-established solutions which it does not seem necessary to call into question.

Table des matières

Introduction	27
A. La force majeure : un mécanisme de libération du débiteur	32
B. Le refus de la force majeure financière	36
Conclusion	39

* Professeur adjoint, Faculté de droit, Université de Montréal.

Introduction

La crise sanitaire liée à la Covid-19 conduit, entre autres phénomènes juridiques d'intérêt, à une résurgence jurisprudentielle de la force majeure. Or, en droit québécois contemporain, les sujets d'incertitude autour de la notion restent nombreux—y compris en ce qui a trait à la définition même de la notion¹. Parmi ces sujets, il en est un qui s'annonce particulièrement critique au niveau économique et dont le traitement en droit n'est, semble-t-il, pas totalement élucidé : celui de la force majeure invoquée par le créancier d'une obligation contractuelle. Dans le flot du contentieux résultant de la crise sanitaire, plusieurs décisions récentes mettent en lumière les enjeux, et surtout les difficultés attachées à cette question.

La première décision qui retient l'attention est celle qui a été rendue dans l'affaire *Hengyun International Investment Commerce Inc c 9368-7614 Québec inc*² par l'honorable Peter Kalichman alors juge à la Cour supérieure. Cette affaire naît essentiellement d'un différend entre le propriétaire d'un local commercial—la société Hengyun International—et son locataire—Québec Inc.—autour de l'occupation par ce dernier dudit local. Dans le cours de ce litige, la question du paiement des loyers vient incidemment se poser et c'est relativement à cet aspect du litige que la force majeure sera en débat. Québec inc. prétend qu'elle aurait droit à certains allègements à plusieurs titres et spécifiquement, pour la période allant de mars à juin 2020, au chef de la force majeure³. Selon Québec inc., la fermeture des lieux non essentiels, en raison de la pandémie de la Covid-19, par décret gouvernemental en date du 24 mars 2020, constitue un cas de force majeure l'ayant empêchée de conduire ses opérations, donc de générer des revenus et finalement de payer le loyer initialement dû⁴. De son côté, le bailleur, Hengyun International, invoque une clause de force majeure du contrat de bail qui certes prévoit certains accommodements le cas échéant, mais maintient globalement l'obligation de paiement du loyer; par ailleurs, le bailleur conteste l'application de la force majeure, car le preneur a reçu des aides gouvernementales qui auraient dû lui permettre de faire face aux conséquences de la fermeture imposée⁵. Confronté à ces positions, le juge Kalichman développe un raisonnement tout à fait original pour renvoyer dos à dos les parties. D'une part, en se fondant sur une analyse des critères de la force majeure

¹ Jérémie Torres-Ceyte, « Force majeure et pandémie : et si nous débattions de la définition de la force majeure? » dans Gabriel-Arnaud Berthold et Louis Jolin, dir, *Le droit du voyage en zone de turbulence*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2021, 95.

² 2020 QCCS 2251 (dossier réglé en appel, 29 mars 2021, CA 500-09-029155-207) [*Hengyun International*].

³ *Ibid* au para 90 et s.

⁴ *Ibid* aux para 90–91.

⁵ *Ibid* aux para 92–93.

tels qu'ils résultent de l'article 1470 du *Code civil du Québec*, il dénie à Québec inc. la possibilité de s'en prévaloir, car, selon lui, l'événement n'est pas objectivement irrésistible⁶. D'autre part, il conclut à l'inapplicabilité de la clause de force majeure invoquée par Hengyun International, qui ne viserait, selon lui, que le cas d'un empêchement « retardé » d'exécuter les obligations du bail, et non pas, comme en l'espèce, une impossibilité absolue d'exécuter ces obligations⁷. La cour décide plutôt que c'est le bailleur, Hengyun International, qui a été empêché d'exécuter ces obligations en raison d'un cas de force majeure, précisément car il ne pouvait offrir une jouissance paisible du local au preneur à cause du décret gouvernemental⁸, et, en conséquence, elle juge que la réclamation du bailleur quant au paiement des loyers doit être réduite pour tenir compte de cette période⁹. Si l'opportunité d'une telle solution peut être discutée, c'est parce qu'elle jette un éclairage sur l'impossibilité pour le créancier d'une obligation contractuelle d'invoquer la force majeure qu'elle retient l'attention. En effet, en refusant le bénéfice de la force majeure au preneur et en imposant ses conséquences au bailleur, le juge Kalichman ravive une série de questions sur la notion et sa portée.

La seconde décision d'intérêt direct sur le sujet a été rendue dans l'affaire *Larose c Corporation de l'École des Hautes Études commerciales de Montréal*¹⁰ par l'honorable Claude Bouchard de la Cour supérieure dans le cadre d'une demande d'autorisation pour exercer une action collective. Le litige oppose un groupe d'étudiants du Québec à la plupart des institutions d'enseignement postsecondaire de la province et, là encore, la crise sanitaire est au cœur du litige. Les requérants réclament le remboursement des frais de scolarité versés aux universités pour la session d'hiver 2020, au motif, selon eux, qu'ils n'ont pas reçu les services auxquels ils avaient droit en raison de la suspension et du redéploiement des activités des défenderesses. Les étudiants soutiennent que la crise sanitaire constitue un événement de force majeure qui a empêché les universités de remplir leurs obligations contractuelles, ce qui ouvrirait droit à un remboursement proportionnel¹¹. Habilement, les universités contestent l'existence même d'un cas de force majeure—et nient même l'invoquer—arguant plutôt qu'elles ont rempli leurs obligations envers les étudiants et elles tentent de déplacer le débat sur le terrain d'une éventuelle faute contractuelle¹². Plus précisément encore, les universités

⁶ *Ibid* aux para 95–100.

⁷ *Ibid* au para 105.

⁸ *Ibid* au para 101.

⁹ *Ibid* au para 108.

¹⁰ 2021 QCCS 2299 [*Larose*]; aussi *Bernard c Collège Charles-Lemoyne de Longueuil inc.*, 2021 QCCS 3083.

¹¹ *Larose*, *supra* note 10 aux para 25–32.

¹² *Ibid* aux para 33–41.

« soutiennent qu'il n'appartient pas à la demanderesse, créancière d'une obligation, de soulever ce moyen de défense, s'il en est, mais plutôt aux défenderesses, débitrices d'une telle obligation, ce qu'elles ne font pas »¹³. Le juge Bouchard, s'il apparaît sensible à cette argumentation¹⁴, préfère s'en remettre à la retenue judiciaire à l'égard des activités des universités pour rejeter le recours au motif de l'absence d'apparence de droit. Selon lui, les tribunaux ne peuvent, sous certaines réserves, apprécier la qualité de l'enseignement délivré par les universités et par conséquent établir l'existence d'une faute des universités à cet égard¹⁵. En empruntant cette voie, qui paraît au demeurant logique, le magistrat ne tranche pas explicitement sur la possibilité pour le créancier d'invoquer la force majeure et la question reste en suspens.

Or, cette hypothèse, soumise aux juges dans les affaires *Hengyun International* et *Larose*, pourrait n'être que la fine pointe d'un contentieux amené à connaître certains développements. Outre les preneurs de baux commerciaux qui ont déjà mobilisé la décision *Henguyen International* dans certains litiges—avec plus ou moins de succès il faut bien le dire¹⁶—

¹³ *Ibid* au para 38.

¹⁴ *Ibid* aux para 44–48.

¹⁵ *Ibid* aux para 49–87.

¹⁶ Voir notamment 9219-7607 *Québec inc c FCHT Holdings (Québec) Corporation Inc*, 2020 QCCA 1533 : la juge Fournier rejette une requête en permission d'appeler d'un preneur à l'encontre d'un bailleur commercial à l'encontre d'une ordonnance de sauvegarde l'enjoignant à payer certains loyers impayés durant la pandémie; le preneur invoquait l'affaire *Hengyun International* et spécifiquement l'existence d'un empêchement relatif à la jouissance des lieux loués, selon la juge (au para 8) : « Le jugement de la Cour supérieure rendu récemment sur lequel elle se fonde à cet égard, ne lui est d'aucune aide. Non seulement il a été porté en appel, mais il est rendu sur le fond de l'affaire après qu'une preuve sur l'absence de jouissance paisible des lieux loués ait été faite. »; voir également 9257-4748 *Québec inc c Hudson's Bay Company*, 2020 QCCS 3944; *Galerie de la Capitale Holdings inc c Hudson's Bay Company*, 2020 QCCS 3945; *Tremblay c Hudson's Bay Company*, 2020 QCCS 3946; *Tremblay c Hudson's Bay Company*, 2020 QCCS 3947; *Tremblay c Hudson's Bay Company*, 2020 QCCS 3948; *Dorval Property Corporation c Hudson's Bay Company*, 2020 QCCS 3951 : ces jugements portent tous sur des demandes d'ordonnances de sauvegarde présentées par des bailleurs différents à l'encontre d'un même preneur de locaux commerciaux (*Hudson's Bay Company*) afin de voir à ce que le preneur soit contraint à verser des loyers; dans toutes ces affaires, la juge rejette l'argumentation du preneur fondée sur la décision *Hengyun International* en précisant qu'à ce stade de la procédure, la preuve ne lui permet pas de donner suite à l'argumentation relative à l'existence d'un trouble de droit visé à l'article 1858 C.c.Q. tel qu'il a été retenu par le juge Kalichmann; aussi 9139-4437 *Québec inc c Second Cup Ltd*, 2020 QCCS 2771; *Pontegadea Canada inc c GAP (Canada) inc*, 2020 QCCS 2803; *Édifice Chartro c 3069630 Canada inc (Santé Universelle enr)*, 2021 QCCS 1802; *Métro Richelieu inc c 9349-7949 Québec inc*, 2021 QCCS 1883 : dans lesquelles l'application de la décision *Hengyun International* est discutée indirectement.

la question de la force majeure invoquée par le créancier pourrait rebondir encore dans certaines actions collectives déposées à la suite de la crise sanitaire. Plus largement, on peut également songer à tous ceux qui, déçus de ne pas avoir eu l'opportunité de jouir d'un service quelconque—par exemple les vacanciers empêchés de se rendre sur leur lieu de villégiature en raison des restrictions de déplacements, pourraient être tentés d'invoquer la notion de force majeure à l'encontre du fournisseur de ce service¹⁷. Bref, la perspective d'un contentieux nourri autour de cette question se dessine assez nettement.

Dans d'autres juridictions, la réflexion autour de ces enjeux est déjà bien amorcée. En *common law* par exemple, la doctrine « frustration of purpose »¹⁸ et ses applications éclairent utilement les différentes facettes du problème. Cette doctrine permettrait au créancier, dans certaines circonstances, de se soustraire aux conséquences du non-respect de son engagement lorsque l'exécution du contrat qui le supporte a perdu son intérêt. À ce titre, on doit toutefois observer que, suite à son avènement en Angleterre dans une série d'affaires connues sous le nom de « coronation cases »¹⁹, cette doctrine peine à s'imposer uniformément—spécifiquement en raison des risques qu'elle fait peser sur la stabilité des contrats²⁰—et particulièrement au Canada où elle n'a, semble-t-il, jamais rencontré de succès²¹. Toujours à titre d'exemple, en droit français, la question de l'invocation par le créancier de la force majeure donne également lieu à

¹⁷ Cf. notamment *Riendeau c Dany Girard*, 2021 QCCQ 2523.

¹⁸ Voir notamment Sir Guenter Treitel, *Frustration And Force Majeur*, 3^e éd, Sweet & Maxwell, Londres, 2014 à la p 307 et s, n^o 7 et s; à la p 307, l'auteur définit la doctrine de la manière suivante : « In cases of alleged frustration of purpose it is normally the recipient of the thing, service or facility who argues that the contract should be discharged. His own obligation, being merely one to pay money, cannot have become impossible, nor has any impossibility affected the obligation of the supplier, which can still be performed. But the recipient's case is that the contract should be discharged because the supplier's performance is no longer of any use to the recipient for the purpose for which both parties had intended it to be used. » [références omises].

¹⁹ *Ibid* à la p 313 et s, n^o 7-005 à 7-014, on note que ces affaires prennent naissance à la suite du report du couronnement du roi Edward VII. Concrètement, un certain nombre de personnes avaient pris des arrangements pour observer le passage de la parade de couronnement dans des logements ou sur des estrades situés sur le trajet de cette dernière, lorsque la cérémonie de couronnement a été reportée, pour une large part, ces contrats ont perdu tout intérêt sans que leur exécution soit réellement impossible, ni pour les débiteurs ni pour les créanciers.

²⁰ *Ibid* à la p 343, n^o 7-035, l'auteur observe que bien que la doctrine soit reconnue autant en Angleterre qu'aux Etats-Unis, elle est relativement peu appliquée.

²¹ Voir notamment Marel Katsivela, « Canadian Contract and Tort Law : The Concept of Force Majeure in Quebec and its Common Law Equivalent » (2012) 90:1 R du B can 69 à la p 84, note 73, l'auteure observe que l'équivalent de cette doctrine n'a jamais été invoqué avec succès au Canada.

certains débats intéressants²². Ainsi, une partie de la doctrine plaide, de longue date, pour la reconnaissance de cette possibilité principalement au nom de l'équité²³. Pourtant, là aussi la jurisprudence apparaît très réservée et, dans une décision récente—très critiquée en doctrine, la Cour de cassation a fermement rejeté cette avenue²⁴.

Par contraste, dans notre droit, le sujet de la force majeure invoquée par le créancier semble assez largement ignoré. Évidemment, l'hypothèse n'est pas envisagée directement dans la loi au titre de la définition de la force majeure à l'article 1470 du *Code civil du Québec* même si, on le verra, elle pourrait trouver un écho sur le terrain des dispositions des articles 1693 et 1694 du *Code civil du Québec* relatives à l'impossibilité d'exécuter l'obligation. En jurisprudence, outre les affaires récentes liées à la pandémie, la situation ne s'est pas présentée sous l'empire du *Code civil du Québec*, bien qu'il se trouve quelques décisions plus anciennes qui paraissent écarter une telle possibilité²⁵. Quant à la doctrine contractualiste, la problématique n'a, semble-t-il, pas vraiment retenu son attention à ce jour²⁶. Au total, il faut constater l'existence d'une béance à ce sujet en droit québécois.

²² Cf. notamment René Demogue, *Traité des obligations en général*, t 6 « Effets des obligations », Paris, Arthur Rousseau, 1932 à la p 641, n° 595.

²³ Voir Cyril Grimaldi, « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit » (2009) D 1298, n° 7, selon l'auteur : « *A minima*, cette [...] raison permet de fonder l'admission de la force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit : il paraît contraire à l'équité que le créancier ne pouvant exercer son droit doive néanmoins, par principe, s'acquitter de son obligation. »; aussi Mustapha Mekki, « Qui ne profite pas de son droit doit tout de même en payer le prix!—L'éviction de la force majeure du créancier » (2020) JCPG 2263.

²⁴ Cass civ 1^{ère}, 25 nov 2020, n° 19-21.060, *Lettre de la première chambre civile* 2020.1.2; obs Cyril Grimaldi, (2021) D 89; obs Mustapha Mekki, (2020) AJ contrat 554; note Sandrine Tisseyre, (2021) D 114; obs Hugo Barbier, (2021) RTD civ 126.

²⁵ Voir Horvath, Teasell, *Deschênes et Associés inc c Corporation d'hébergement du Québec*, JE 93-1595, AZ-93021624 (CS) : dans cette décision rendue sous l'empire de l'article 1202 du *Code civil du Bas-Canada* (devenu l'article 1693 CcQ), le juge Trudeau dénie à un créancier la possibilité d'invoquer cette disposition, car selon lui « l'article 1202 est rédigé en fonction du débiteur de l'obligation et non pas en fonction du créancier de l'obligation » (à la p 7); plus loin il ajoute qu'« [i]l n'appartient nullement à la créancière de l'obligation [...] d'invoquer cette disposition pour mettre fin au contrat » (à la p 7); le raisonnement du juge Trudeau se fonde sur un *obiter* du juge Lévesque dans la décision *La Brasserie Labatt Limitée c Ville de Montréal*, [1987] RJQ 1141, AZ-87021252 (CS), spécifiquement à la p 10.

²⁶ Voir notamment Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 7^e éd par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013 à la p 1052, n° 844 et s [Baudouin et Jobin]; Didier Lluellas et Benoit Moore, *Droit des*

Si *a priori*, cette situation pouvait surprendre, en réalité elle ne le devrait pas. Plus spécifiquement, nous croyons que si la question ne s'est pas posée, c'est qu'elle ne se pose pas ou plus précisément ne peut pas se poser. La question de la force majeure invoquée par le créancier, présentée sous cet angle, ne peut valoir que comme ellipse d'autres questions qui, elles, connaissent des solutions bien établies. En effet, si la force majeure est invoquée par le créancier d'une obligation, elle répond à la problématique particulière du contractant qui ne peut pas jouir d'un droit en raison d'un événement qui pourrait, le cas échéant, être qualifié d'événement de force majeure. Toutefois, si l'on examine cette problématique attentivement, on doit constater qu'elle n'a finalement que peu à voir avec la qualité de créancier de l'obligation de ce contractant. En effet, il ne s'agira pas pour lui d'être relevé d'une quelconque obligation de jouir de ses droits de créancier, mais plutôt, dans le cadre d'un contrat synallagmatique—et uniquement dans ce cadre²⁷, d'être libéré de la contrepartie à laquelle il était tenu à titre de débiteur. Ainsi formulée, la problématique apparaît pour ce qu'elle est réellement : un faux problème. En effet, dans cette situation, on revient nécessairement à la fonction première de la force majeure en tant que mécanisme de libération du débiteur (A) qui ne pose difficulté ici qu'en raison du refus de la force majeure financière (B).

A. La force majeure : un mécanisme de libération du débiteur

Notre droit, spécifiquement en vertu de l'article 1693 du *Code civil du Québec*²⁸ et de l'article 1694 du *Code civil du Québec*²⁹, paraît réserver le

obligations, 3^e éd, Montréal, Thémis, 2018 à la p 1693, n° 2730 et s [Lluelles et Moore]; Jean Pineau, Danielle Burman et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4^e éd par Jean Pineau et Serge Gaudet, Montréal, Thémis, 2001 à la p 801, n° 470 et s [Pineau, Burman et Gaudet].

²⁷ Cf. plus largement Mustapha Mekki, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet de réforme du droit des obligations » (2015) 119-120 *Gaz Pal* 37, n° 4 et s, l'auteur observe une autonomisation de la force majeure en matière contractuelle en droit français à travers une définition propre à cette matière distincte qui s'appliquerait en matière de responsabilité civile; aussi France, Sénat, *Proposition de Loi portant réforme de la responsabilité civile*, enregistrée à la Présidence du Sénat le 29 juillet 2020, art 1 : le projet de Loi visant à la réforme de la responsabilité civile en droit français qui est actuellement à l'étude confirme cette autonomisation de la force majeure en matière contractuelle puisqu'il propose une définition propre de la notion en matière extracontractuelle à l'article 1253 du Code civil.

²⁸ Art 1693 CcQ : « Lorsqu'une obligation ne peut plus être exécutée par le débiteur, en raison d'une force majeure et avant qu'il soit en demeure, il est libéré de cette obligation; il en est également libéré, lors même qu'il était en demeure, lorsque le créancier n'aurait pu, de toute façon, bénéficier de l'exécution de l'obligation en raison de cette force majeure; à moins que, dans l'un et l'autre cas, le débiteur ne se soit expressément chargé des cas de force majeure.

La preuve d'une force majeure incombe au débiteur. »

²⁹ *Ibid*, art 1694 : « Le débiteur ainsi libéré ne peut exiger l'exécution de l'obligation corrélative du créancier; si elle a été exécutée, il y a lieu à restitution.

pouvoir libératoire de la force majeure au débiteur. Plus précisément, il semble réserver au débiteur, et à lui seul, la possibilité d'invoquer la force majeure pour se libérer de son obligation. On pourrait être tenté d'y voir une simple manifestation du tropisme dont fait l'objet le débiteur en droit des obligations³⁰ et n'y prêter qu'une portée relative. Toutefois, nous croyons que cette solution doit être comprise dans toute sa rigueur et que la force majeure est, par essence, un mécanisme de libération du débiteur. Une telle orientation peut se déduire des définitions respectives des notions de débiteur et de créancier : si le premier—le débiteur—est tenu d'exécuter une prestation³¹, le second—le créancier, lui, est titulaire d'un droit, celui de recevoir une prestation³². Ces définitions, qui font ressortir précisément l'étendue de la charge qui s'impose à chacun des acteurs du lien d'obligation, leur assignent également un rôle déterminé dans sa mise en œuvre. Une analyse qui permettrait au créancier de bénéficier de la force majeure entraînerait, selon nous, un hiatus dans notre droit des obligations puisque cela méconnaîtrait largement le rôle du créancier dans la mise en œuvre du rapport d'obligation contractuelle.

En effet, nous croyons que le créancier d'une obligation contractuelle n'a pas, à proprement parler, d'obligation d'en recevoir le paiement. En premier lieu, il peut, théoriquement, se désintéresser juridiquement de l'absence d'exécution de l'obligation par son débiteur³³. La lettre même

Lorsque le débiteur a exécuté son obligation en partie, le créancier demeure tenu d'exécuter la sienne jusqu'à concurrence de son enrichissement. »

³⁰ Voir plus largement sur le recentrage du droit des obligations moderne sur la personne du débiteur : René Demogue, *Traité des obligations en général*, t 1 « Source des obligations », Paris, Arthur Rousseau, 1923 aux pp 3-4, n° 2, l'auteur observe : « La définition moderne traduit donc le concept de l'obligation tel qu'il se forme dans les civilisations avancées dans leur évolution. On pourrait l'améliorer en disant qu'il y a obligation quand une personne est tenue envers une autre à donner, faire ou ne pas faire. L'essentiel, c'est qu'il y ait un débiteur. Il faut plus ou moins éventuellement un créancier. »

³¹ Voir notamment Gérard Cornu, dir, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd, coll « Quadrige », Paris, PUF, 2020 [Cornu, dir], *sub verbo* « Débiteur, trice I. 1 » : « [...] Celui qui doit quelque chose à quelqu'un [...] »; et Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé et lexique bilingue—Les Obligations*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003 [Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec], *sub verbo* « Débiteur, trice » : « Personne tenue d'exécuter une prestation [...] »

³² Voir notamment Cornu, dir, *supra* note 31, *sub verbo* « Créancier, ière » : « Personne à qui le *débiteur doit quelque chose [...] »; et Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *supra* note 31, *sub verbo* « Créancier, ière » : « Titulaire d'un droit personnel ».

³³ Voir Nicole Catala, *La nature juridique du paiement*, préface de Jean Carbonnier, coll « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 1961 à la p 191, n° 118 [Catala], selon l'auteure, le créancier « ne fournit pas [...] une coopération juridique à l'acte d'exécution : celui-ci se réalise en dehors de lui, ou avec son concours matériel ».

de l'article 1590 al 2 du *Code civil du Québec*³⁴ indique d'ailleurs que le créancier n'a pas l'obligation d'agir pour l'exercice de son droit à l'exécution de l'obligation puisqu'il s'agit plutôt pour lui d'une simple possibilité. Ultimement, et pour les mêmes raisons en réalité, l'action oblique de son propre créancier est elle aussi facultative³⁵. En second lieu, inversement, il n'existe pas, *a priori* et à proprement parler, de mécanisme permettant au débiteur de contraindre son créancier à recevoir paiement de l'obligation. On pourrait éventuellement objecter ici une interprétation *a contrario* de l'article 1561 du *Code civil du Québec*³⁶. Une telle objection pourrait peut-être être soutenue par le fait que la technique des offres réelles et de la consignation des articles 1573 à 1589 du *Code civil du Québec* vise précisément à contraindre le créancier à recevoir le paiement³⁷. Pourtant, le contredit peine à emporter la conviction, car cette technique vise plus spécifiquement la libération du débiteur³⁸. Elle ne constitue pas un véritable paiement, mais plutôt un mode d'extinction de l'obligation³⁹. Il semble alors difficile de soutenir, ce qui serait au demeurant douteux

³⁴ Art 1590, al 2 CcQ : « Lorsque le débiteur, sans justification, n'exécute pas son obligation et qu'il est en demeure, le créancier peut, sans préjudice de son droit à l'exécution par équivalent de tout ou partie de l'obligation [...] » [nos soulignements].

³⁵ Voir *ibid*, art 1626 : « Le créancier peut prendre toutes les mesures nécessaires ou utiles à la conservation de ses droits. » [nos soulignements]

³⁶ Voir Adrian Popovici, *La couleur du mandat*, Montréal, Thémis, 1995 à la p 255 [Popovici], selon l'auteur : « [L]e créancier est *obligé* de recevoir paiement ».

³⁷ Cf. plus largement sur cette technique Daniel Gardner, « De la demeure, des offres réelles et de la consignation : un cocktail à l'intérêt douteux » (2004) 106 R du N 243 à la p 247, l'auteur remarque le manque d'intelligibilité du dispositif et observe que « [l]a perte de sens d'une institution est toujours facilitée lorsque les dispositions législatives qui l'encadrent pèchent par manque de clarté ».

³⁸ Voir notamment Baudouin et Jobin, *supra* note 26 à la p 782, n° 678; Lluellas et Moore, *supra* note 26 à la p 1624, n° 2653; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 26 à la p 586, n° 325 et s, spéc. n° 325, les auteurs présentent le mécanisme comme étant un « droit de se libérer » pour le débiteur; comp. Popovici, *supra* note 36 à la p 268, selon l'auteur : « ce n'est pas l'acceptation du paiement par le créancier qui éteint la dette et libère le débiteur, mais bien le paiement indépendamment de son acceptation. »

³⁹ Voir notamment Catala, *supra* note 33 à la p 197, n° 124, l'auteur examinant la procédure des offres réelles et de la consignation en droit français remarque que « bien que les conséquences des offres réelles suivies de consignation soient celles du paiement, on ne peut assimiler totalement les premières au second. Le paiement entraîne l'extinction de l'obligation *par la satisfaction du créancier*. La procédure des offres réelles opère *en dehors de la satisfaction du créancier*, par le seul effet de l'accomplissement de la prestation due »; aussi *Cyrenne c Saint-Samuel (Municipalité)*, 2005 CanLII 13483 (QC CQ) aux para 26–27, le juge décide que les offres réelles ne sont pas de la nature d'une offre de règlement faite sans admission, mais plutôt de la « nature d'un paiement libératoire », sans toutefois assimiler les deux.

sur le plan pratique⁴⁰, que le mécanisme permet de forcer le créancier à recevoir le paiement⁴¹ et transforme donc cette réception en obligation pour ledit créancier. Nous croyons qu'il faut admettre, avec d'autres, que « [r]efuser de recevoir une prestation c'est refuser d'exercer un droit et non violer une obligation »⁴².

Dans la mesure où la force majeure permet éventuellement de se libérer d'une obligation, on voit mal qu'elle est la libération, dont pourrait bénéficier le créancier par le jeu de la force majeure puisque— par définition—le créancier n'est pas débiteur d'une obligation. Derrière l'apparent truisme, c'est alors la structure même du rapport d'obligation qui est en cause : au débiteur échoit la charge de l'exécution de la prestation et corrélativement, au créancier échoit la titularité du droit de recevoir la prestation. Il n'y a pas, à cet égard, de symétrie dans le rapport d'obligation entre les positions de débiteur et de créancier qui permettrait indifféremment à l'un ou l'autre d'invoquer la force majeure. Autrement dit encore, l'empêchement dont le créancier est éventuellement victime en raison d'un événement de force majeure n'affecte pas une quelconque obligation, mais la réception du paiement d'une obligation. C'est la raison principale pour laquelle le créancier ne peut être admis à invoquer la force majeure en ce qu'elle est un mécanisme de libération d'une obligation.

Cela ne signifie pas qu'il n'existe pas des situations, dans notre droit, dans lesquelles la force majeure pourrait retrouver tout son sens et son utilité au bénéfice d'un prétendu créancier contraint de recevoir la prestation promise. Il est en effet des dispositions qui portent une telle contrainte. On pourrait penser, par exemple, aux règles relatives au droit de la vente, et spécifiquement à l'article 1734 du *Code civil du Québec*, qui contraint selon ses termes l'acheteur à « prendre livraison du bien vendu ». Dans cette situation, il paraît bien difficile d'affirmer que celui qui doit

⁴⁰ Voir notamment Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t 2 « Contenant les matières exigées pour le deuxième examen de la licence en droit », 5^e éd, Paris, Librairie du recueil général des lois et des arrêts du journal du palais, L Larose & Forcel, 1895 à la p 766, n° 1067, selon l'auteur, « [l]es offres réelles suivies de consignations ne sont pas un paiement, le paiement supposant l'acceptation du créancier qui ne peut devenir propriétaire contre son gré ».

⁴¹ Comp. arts 1345 à 1345-3 *C civ fr*, le nouveau droit français des contrats a écarté ce mécanisme des offres réelles et de la consignation au profit de celui de la mise en demeure du créancier, ce mécanisme, hérité de l'ancienne *mora creditoris*, confère une portée sensiblement différente à la charge du créancier, mais ne saurait non plus s'analyser comme la création d'une obligation de recevoir la prestation à la charge du créancier; cf. notamment, Benoît Grimonprez, *Rép.civ. Dalloz*, v° « Mise en demeure », 2009; et Cécile Robin, « La *mora creditoris* » (1998) 3 RTD civ 607.

⁴² Christophe André, *Le fait du créancier contractuel*, préface de Geneviève Viney, coll « Bibliothèque de droit privé », t 356, Paris, LGDJ, 2002 à la p 218, n° 733.

prendre livraison n'a pas l'obligation de le faire, précisément parce que la loi l'impose explicitement. Toutefois, peut-on affirmer ici pour autant que le créancier acheteur a l'obligation de prendre livraison? Une réponse négative s'impose : analyser cette disposition comme prescrivant une obligation au créancier ne vaudrait que comme trompe-l'œil, puisque le créancier est ici en réalité débiteur de son débiteur d'une obligation—légale—de prendre livraison⁴³. On pourrait d'ailleurs penser que l'existence même de ce mécanisme démontre qu'il n'est pas, *ex nihilo*, d'obligation de ce type pour le créancier de l'obligation de recevoir. Au-delà de ces considérations, relativement au sujet qui nous occupe, cela implique que l'acheteur pourrait invoquer la force majeure, mais c'est à titre de débiteur de l'obligation d'enlèvement qu'il serait autorisé à le faire et non pas à titre de créancier de l'obligation de délivrance.

À partir de ces quelques illustrations, on comprend bien qu'un prétendu mécanisme de force majeure invoquée par le créancier n'a de sens que comme ellipse. Le créancier n'ayant pas d'obligation, il ne saurait, en toute logique, être admis à se prévaloir d'un mécanisme permettant de se libérer d'une obligation. Il s'agirait, nécessairement dans le cadre d'un contrat synallagmatique, de permettre que le créancier soit libéré d'une l'obligation corrélatrice dont il est en réalité débiteur.

B. Le refus de la force majeure financière

Dans le cadre d'un contrat synallagmatique, il serait donc faux d'affirmer que le créancier non pas en tant que tel—comme cela vient d'être exposé—mais en tant que débiteur d'une obligation corrélatrice, est irrémédiablement privé de la possibilité d'invoquer la force majeure. Comme tout autre débiteur d'une obligation, il est théoriquement admis à se prévaloir des dispositions des articles 1693 et 1694 du *Code civil du Québec*. Toutefois, le succès d'une telle démarche reste tributaire de la reconnaissance par le juge d'un cas de force majeure au sens de l'article 1470 du *Code civil du Québec*, donc de la démonstration de l'existence d'un événement imprévisible rendant impossible l'exécution de l'obligation. Or, sur ce terrain, ce n'est pas la qualité de créancier qui pourrait faire obstacle à la démarche; c'est plutôt la teneur de la prestation à laquelle il est tenu en tant que débiteur de l'obligation corrélatrice, puisque, s'il est débiteur

⁴³ Voir art 1734 CcQ, cette disposition se trouve d'ailleurs dans le paragraphe 5 intitulé « Des obligations de l'acheteur » de la section générale du titre sur la vente; et Pierre-Gabriel Jobin et Michelle Cumyn, *La vente*, 4^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2017 au para 245, les auteurs soulignent que « [l']obligation de délivrance du vendeur comporte un corollaire important : l'obligation de l'acheteur d'enlever le bien » [références omises]; aussi *Robillard c De Paula*, 2011 QCCQ 7671, l'acheteur échoue toutefois logiquement à faire reconnaître que la perte de son emploi constitue un cas de force majeure.

d'une obligation pécuniaire, son fardeau sera considérablement alourdi en raison de l'objet même de son obligation.

En effet, classiquement, on considère, en droit québécois, que l'obligation monétaire échappe à la force majeure⁴⁴. La jurisprudence se montre d'ailleurs assez ferme; à raison, dans la mise en œuvre de cette règle, elle dénie le bénéfice de la force majeure à ceux qui tenteraient de l'invoquer pour se libérer de l'obligation de payer une somme d'argent⁴⁵. Cette règle se comprend en contemplation de la spécificité de l'obligation monétaire puisqu'il est, *a priori*, «inconcevable qu'un débiteur ne puisse payer une somme d'argent en alléguant une impossibilité à se procurer de la monnaie»⁴⁶; est en cause ici «la nature fongible de la monnaie»⁴⁷. C'est donc dire que l'obligation monétaire ne pourrait souffrir d'une véritable impossibilité matérielle, préalable nécessaire à l'existence d'un cas de force majeure⁴⁸, dans la mesure où l'argent ne viendrait jamais véritablement à manquer. Le droit marque ici sa préférence pour l'exécution de l'obligation, fût-elle au prix de la débâcle financière du débiteur, puisqu'il est toujours possible, théoriquement, d'obtenir de la monnaie pour exécuter une obligation monétaire. La règle est sévère⁴⁹, mais elle est logique, car il est acquis que l'événement de force majeure doit créer une impossibilité absolue et non pas relative à la personne du débiteur. Il en va de l'essence même de la notion de force majeure⁵⁰ et plus largement de

⁴⁴ Voir notamment Baudouin et Jobin, *supra* note 26 à la p 50, n° 39 et à la p 1054, n° 846; Lluelles et Moore, *supra* note 26 à la p 1696, n° 2734.

⁴⁵ Voir notamment *D'Alessandro c Mastrocola*, 2007 QCCS 4164 au para 10 : « L'obligation des défendeurs était alors de remettre une somme d'argent. Or, dans notre droit, on ne peut invoquer la force majeure en pareil cas. On ne peut pas se soustraire à l'obligation de payer une somme d'argent en prétendant qu'on n'a pas ou qu'on n'a plus l'argent en question parce que, évidemment, on peut toujours remplacer ce qui est dû. »; *Pentor Finance Corporation c Belmat Énergie Canada inc*, 2017 QCCS 1331 au para 57 : « il s'agit d'une obligation de rembourser une somme d'argent garantie par une sûreté immobilière librement consentie. L'argument de la force majeure ne peut être retenu. »

⁴⁶ Rémy Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préface de Pierre Mayer, coll « Bibliothèque de droit privé », t 225, Paris, LGDJ, 1992 aux pp 374–75, n° 469 [références omises].

⁴⁷ Louis Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, préface de Laurent Aynès, coll « Recherches juridiques », Paris, Économica, 2011 à la p 267, n° 434 [Thibierge].

⁴⁸ Voir notamment Paul-Henri Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préface de Bernard Teysié, coll « Bibliothèque de droit privé », t 220, Paris, LGDJ, 1992 à la p 62, n° 84 et s.

⁴⁹ Voir Jean Carbonnier, *Droit civil*, t 2 « Les biens—Les obligations », coll « Quadrige Manuels », Paris, PUF, 2004 à la p 2205, n° 1082, selon l'auteur : « [I]e créancier ne peut demander au débiteur de se tuer pour exécuter, mais il peut lui demander de se ruiner : plaie d'argent n'est pas mortelle. »

⁵⁰ Voir Thibierge, *supra* note 47 à la p 264, n° 429, selon l'auteur : « l'acception absolutiste de l'irrésistibilité permet de distinguer aisément force majeure et imprévision.

la force obligatoire du contrat qui se trouverait singulièrement menacée si d'aucuns pouvaient exciper, sans réserve, du moindre revers de fortune pour se libérer de leurs engagements.

Une telle impossibilité, si elle est difficilement envisageable dans la perspective de l'exécution d'une obligation monétaire, n'est pas pour autant irrémédiablement exclue. Par exemple, lorsque l'opération même de transmission du paiement se trouve empêchée par un cas de force majeure, il ne paraît pas impensable que le débiteur puisse être relevé—au moins temporairement—de son obligation. Cette hypothèse pourrait se présenter, comme cela a été le cas en jurisprudence française, à propos d'un incident informatique bancaire ayant empêché le preneur d'un bail commercial de s'acquitter de sa dette, ce qui l'exposait au jeu d'une clause résolutoire. En l'espèce, pour paralyser le jeu de cette clause, la 3^e chambre civile de la Cour de cassation française a, fort logiquement, constaté que l'incident informatique devait être considéré comme un cas de force majeure puisqu'il en rencontrait toutes les caractéristiques⁵¹. Toutefois, dans cette situation, on remarquera que le débiteur de l'obligation monétaire n'a joué aucun rôle dans l'inexécution de son obligation. Autrement dit, il n'est pas question ici d'une prétendue indisponibilité de la monnaie pour le débiteur, mais plutôt d'un empêchement d'acheminer la monnaie, indépendant du contrôle de l'agent et qu'il ne pouvait contourner. Il s'agirait donc, en réalité, d'une appréciation tout à fait orthodoxe de la notion de force majeure.

Différencier entre les situations dans lesquelles l'impossibilité touche l'obligation monétaire en elle-même ou sa mise en œuvre n'est pas toujours aisé. Il pourrait se trouver des situations dans lesquelles le débiteur serait véritablement victime d'un événement affectant sa capacité à délivrer le paiement de son obligation monétaire, sans pour autant pouvoir se prévaloir de la force majeure. L'hypothèse du gel des avoirs financiers d'une personne telle qu'elle se présente dans la décision rendue dans l'affaire *Fardad c Altitude Montréal inc*⁵² est révélatrice des difficultés de cette situation. Ici, l'acheteur d'un bien immobilier réclamait le remboursement de diverses sommes versées à titre d'acompte pour l'acquisition dudit bien; il se prétendait dans l'impossibilité d'achever

Relève de la force majeure l'évènement *radicalement* insurmontable, *ratione materiae* et *ratione personae*. À défaut d'une telle absoluité, l'évènement participe simplement de l'imprévision. »

⁵¹ Cass civ 3^e, 17 févr. 2010, n° 08-20.943, Bull civ III, n°47; Soraya Amrani-Mekki et Bénédicte Fauvarque-Cosson, (2011) D 472; note Yves-Marie Laithier, (2010) RDC 818.

⁵² 2016 QCCS 1200 [*Fardad*]; comp. Cass, ass plén, 10 juill. 2020, n° 18-18.542 / 18-21.814, obs Romain Boffa et Mustapha Mekki, (2021) D 310; obs Hugo Barbier, (2020) RTD civ 623; obs Patrice Jourdain, (2020) RTD civ 895.

le paiement en raison du gel de certains de ses avoirs consécutifs à des sanctions économiques adoptées par le gouvernement canadien et l'O.N.U. à l'encontre de l'Iran⁵³. Selon lui, cette situation constituerait un cas de force majeure⁵⁴. Si la cour rejette sèchement cette position au motif que « la notion de force majeure n'est pas opposable à un défaut de payer une somme d'argent »⁵⁵, il lui est toutefois apparu nécessaire de justifier ce rejet par la démonstration à la fois de l'absence d'imprévisibilité⁵⁶ et d'irrésistibilité⁵⁷ du blocage des avoirs pour l'acheteur. On peut lire dans cette motivation un tempérament sérieux à l'absolutisme de la règle selon laquelle l'obligation monétaire n'est pas susceptible de force majeure.

Au total, on doit constater que le refus de la force majeure financière, s'il constitue un obstacle certain à l'invocation de la notion par le prétendu créancier—en réalité débiteur, n'est pas, tant s'en faut, un obstacle insurmontable. Cela étant, au regard de la crise sanitaire, on doit également constater que ce refus assombrit sensiblement les espoirs de ceux qui voudraient se prévaloir exclusivement de ses conséquences financières.

Conclusion

Finalement, on peut observer que c'est dans l'appréciation des conditions même de la notion de force majeure que se dénoue toute la problématique de la prétendue impossibilité pour le créancier d'invoquer la force majeure : lui-même débiteur d'une obligation, il lui faut être en mesure de démontrer une impossibilité de l'exécuter, y compris lorsqu'elle est monétaire. Ce constat, s'il peut apparaître implacable pour le créancier, est simplement un rappel de la rigueur nécessaire à la fois dans la démonstration et dans l'appréciation de l'existence d'un cas de force majeure. Rigueur d'autant plus nécessaire que, dans le flot des affaires à venir, des voies de contournement des difficultés inhérentes à la notion pourraient émerger comme dans l'affaire *Henguyen International*.

⁵³ *Fardad*, *supra* note 52 au para 9.

⁵⁴ *Ibid* au para 10.

⁵⁵ *Ibid* au para 11.

⁵⁶ *Ibid* aux para 15–18

⁵⁷ *Ibid* aux para 19–25.