

Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois

Stefan Martin

Volume 34, Number 2, 1993

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043223ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043223ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

After raising intense debates and numerous controversies throughout the first half of this century, the civil law theory of contractual review gradually slipped into oblivion. Since chronic economic instability seemed to have become a thing of the past, discussions on the adapting of contracts to unforeseeable circumstances appeared to become an anachronism. The succession of economic crises that occurred from the 1970's onward, has rekindled doctrinal discussions on the subject. Some countries have crossed the Rubicon and have instituted the judicial review of contracts denatured by the effects of time and circumstances. This is notably the case of German, Dutch, Italian, Greek and Algerian law. In Quebec, the theory of contractual review has hardly raised an eyebrow and can count on few defenders. The arguments of its detractors stay an invariable course of *pacta sunt servanda*, the inviolate security of transactions, endemic fear of legal vacuum, etc. More than an apology, our study comes as a counter argument, an attempt to shed light on certain myths against the backdrop of realities in the waning years of this century. The theory of contractual review is neither a legal heresy nor a blasphemy targeting the civilist tradition of the law of obligations.

Cite this article

Martin, S. (1993). Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois. *Les Cahiers de droit*, 34(2), 599–633.
<https://doi.org/10.7202/043223ar>

Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois*

Stefan MARTIN**

Après avoir soulevé d'intenses débats et bien des controverses durant la première moitié du XX^e siècle, la théorie de l'imprévision devait sombrer lentement dans les sphères de l'oubli. L'instabilité économique chronique paraissait vaincue, les discussions sur l'adaptation des contrats aux nouvelles circonstances semblaient ainsi anachroniques. Les diverses crises économiques qui se sont succédé depuis le début des années 1970 ont contribué à relancer les discussions doctrinales sur ce sujet. Certains pays ont franchi le Rubicon et ont consacré la révision judiciaire des contrats touchés par les aléas du temps et de la nature. On pense notamment aux droits allemand, hollandais, italien, grec et algérien. Au Québec, la théorie de l'imprévision n'a guère suscité de passions et n'a trouvé que peu de défenseurs. Les arguments de ses détracteurs s'avèrent invariables : force obligatoire des contrats, sécurité juridique des transactions, peur endémique de l'arbitraire judiciaire. Plus qu'un plaidoyer, notre étude se présente comme une contre-argumentation, une tentative de projeter certains mythes dans les réalités de cette fin de siècle. La théorie de l'imprévision n'est ni une hérésie juridique, ni un blasphème dirigé contre la tradition civiliste du droit des obligations.

After raising intense debates and numerous controversies throughout the first half of this century, the civil law theory of contractual review gradually slipped into oblivion. Since chronic economic instability seemed to have become a thing of the past, discussions on the adapting of contracts to unforeseeable circumstances appeared to become an anachro-

* L'auteur tient à remercier le professeur Prujiner d'avoir eu la gentillesse de relire le présent texte avant l'élaboration de sa version finale.

** LL.M., diplôme d'études approfondies, Université Paris II. Chargé de cours, Faculté de droit, Université Laval.

nism. The succession of economic crises that occurred from the 1970's onward, has rekindled doctrinal discussions on the subject. Some countries have crossed the Rubicon and have instituted the judicial review of contracts denatured by the effects of time and circumstances. This is notably the case of German, Dutch, Italian, Greek and Algerian law. In Quebec, the theory of contractual review has hardly raised an eyebrow and can count on few defenders. The arguments of its detractors stay an invariable course of pacta sunt servanda, the inviolate security of transactions, endemic fear of legal vacuum, etc. More than an apology, our study comes as a counter argument, an attempt to shed light on certain myths against the backdrop of realities in the waning years of this century. The theory of contractual review is neither a legal heresy nor a blasphemy targeting the civilist tradition of the law of obligations.

| | <i>Pages</i> |
|---|--------------|
| 1. Premiers éléments de réponse | 604 |
| 1.1 La relativité contemporaine du principe de la force obligatoire des contrats | 604 |
| 1.1.1 Les législations d'exception | 609 |
| 1.1.2 <i>Pacta sunt servanda</i> et la lésion entre majeurs | 609 |
| 1.1.2.1 L'article 1056 (b) du <i>Code civil du Bas Canada</i> | 610 |
| 1.1.2.2 L'article 1040 (c) du <i>Code civil du Bas Canada</i> | 610 |
| 1.1.2.3 L'article 8 de la <i>Loi sur la protection du consommateur</i> .. | 611 |
| 1.1.2.4 Les clauses abusives en matière de baux locatifs | 612 |
| 1.1.2.5 Le patrimoine familial et la lésion | 612 |
| 1.1.3 L'abus de droits contractuels | 613 |
| 1.2 Lorsqu'un excès de stabilité génère l'effet inverse à celui qui est recherché | 616 |
| 1.3 De la prétendue incompatibilité de la fonction juridictionnelle et de la création contractuelle | 617 |
| 2. Essai d'une contre-argumentation | 619 |
| 2.1 L'interprétation des conventions | 620 |
| 2.2 La notion de bonne foi | 624 |
| 2.3 La théorie de l'imprévision et la notion de cause | 625 |
| 2.4 L'élargissement de la notion de force majeure | 626 |
| 3. L'encadrement de la révision judiciaire des contrats | 628 |
| 3.1 Les contrats en cause | 628 |
| 3.2 La nature et la portée économique des événements qui ont contribué au déséquilibre contractuel | 628 |
| 3.3 Les pouvoirs d'intervention du juge | 630 |
| 3.3.1 La nature de l'intervention | 631 |
| 3.3.2 La portée obligationnelle de l'intervention judiciaire | 631 |
| Conclusion | 632 |

Pacta sunt servanda. Aucune locution latine n'aura acquis l'aura et le prestige de ces quelques mots illustrant le principe dogmatique de la force obligatoire des contrats. Mais aucun adage n'aura soulevé autant de controverses doctrinales, en particulier durant ce siècle de « cyclones économiques ». Car, en arrière-plan de ces débats de prétoires, se déroulent de véritables drames humains, tels ces créditiers mourant de faim devant leurs débiteurs enrichis¹, ou encore ces bailleurs ruinés par les dépenses de conservation de leurs immeubles, sans aucune proportion avec le coût des loyers profondément touchés par l'inflation. Ces situations dont la description s'avère sans fin éveillent un sentiment d'injustice que la simple compassion ne devrait pouvoir tarir. Pourtant, pendant bien longtemps, la réaction des milieux juridiques a été empreinte de cette passivité. Au nom du respect de l'autonomie de la volonté des parties, principe corollaire à celui qui a été énoncé précédemment, le droit dans un mouvement uniforme a abandonné à leur triste sort les contractants frappés par les aléas du temps. Ce n'est qu'en quelques occasions que les pouvoirs publics sont intervenus par voie législative pour corriger des situations particulièrement dramatiques². Cependant, dès le lendemain du premier conflit mondial, un vaste mouvement amorcé par les tribunaux allemands aux prises avec une inflation démesurée et sans précédent a conduit à atténuer les rigueurs de *pacta sunt servanda* et à admettre sur une base jurisprudentielle puis législative la théorie de l'imprévision. Au rang des droits novateurs, on peut mentionner le droit allemand déjà évoqué³, mais également l'article 373 du *Code fédéral des obligations* suisse qui permet la révision des contrats d'entreprise, de l'article 1467 du *Code civil* italien qui prévoit la résolution des contrats devenus manifestement déséquilibrés, de l'article 6.5 du nouveau *Code civil* des Pays-Bas, de l'article 388 du *Code civil* grec. Dans le cadre des droits anglo-saxons, si la doctrine de la *frustration* s'apparente davantage à la notion civiliste de la force majeure, elle permet toutefois en certaines occasions de remédier aux iniquités engendrées par la survenance de circonstances imprévisibles. Ainsi, dans l'affaire *Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc.*⁴, les juges révisèrent un contrat de fourniture d'aluminium considérablement touché par l'inflation au début

-
1. L.E. BACH, *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, t. XXVI, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 1960, p. 89.
 2. Par exemple, en France, la *Loi n° 48.777 portant majoration des rentes viagères de l'État*, J.O. 5 mai 1948, permet la révision des rentes viagères ; ou encore en Allemagne, la loi de 1925 permettant la revalorisation des créances hypothécaires : R. SPARWASSER, « Rapport allemand », dans R. RODIÈRE (dir.), *Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles*, Paris, Pedone, 1986, p. 133.
 3. R. SPARWASSER, *loc. cit.*, note 2.
 4. *Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc.*, 499 F.supp. 53 (D.C.W.D. Pa. 1980).

des années 1980⁵. Dans certains pays, la théorie de l'imprévision est devenue incontournable et ne peut être écartée par la volonté des parties. C'est le cas notamment des droits algérien, égyptien et syrien⁶.

Cette attitude contraste singulièrement avec celle des droits belges, français et québécois, pour ne retenir que ces exemples, qui, malgré vents et marées, s'accrochent inflexiblement à ce pilier du droit civil qu'est la force obligatoire des contrats. On ne manquera pas de souligner qu'en fait d'attachement c'est une véritable profession de foi envers la *sanctity of contract*. Ce prosélytisme pourrait se justifier en considérant que les périodes troublées d'après-guerre sont désormais révolues et qu'à cet égard la théorie de l'imprévision devrait être rangée au titre des anachronismes du droit des obligations. Cette opinion paraît passablement irréaliste. L'inflation et la fluctuation monétaire ne représentent plus de simples incidents de parcours. Elles sont désormais institutionnalisées et constituent des leviers économiques. Mais, surtout, elles ne sont qu'une partie des sources de l'instabilité contractuelle, au rang desquelles figurent les risques inhérents aux humeurs politiques, aux relations sociales et évidemment aux caprices de la nature, comme l'illustre un arrêt récent de la Cour d'appel du Québec⁷.

L'analyse de la jurisprudence québécoise intervenue en la matière n'est pas très éclairante quant aux raisons qui ont motivé ce conservatisme. Dans la majorité des décisions, les juges se contentent de rappeler le principe séculaire déjà évoqué. Ainsi, dans le jugement *Grant Mills Ltd. c. Universal Pipeline*⁸, le juge Marcel Nichols souligne « qu'en droit québécois la théorie de l'imprévision ou de la révision se fondant sur la clause *rebus sic stantibus* n'a pas réussi à bouleverser les principes traditionnels du droit civil tel que le principe de l'immutabilité des obligations contractuelles⁹ ». Les conclusions de la Cour d'appel dans l'affaire *Hudson Bay Co. Ltd. c. Wise Brothers Ltd.* s'insèrent dans un courant de pensée identique : « La cour doit appliquer les dispositions contractuelles qui lient les parties sans égard aux conséquences économiques conjoncturelles¹⁰. »

5. P. BRUNER, « Allocation of Risks in International Construction », (1986) *International Construct Law Review* (part 3) 274.

6. N.-E. TERKI, « L'imprévision et le contrat international dans le Code civil algérien », (1982) 8 *Droit et pratique du commerce international* n° 1, 18. A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, LGDJ, 1984, pp. 349-350.

7. *Canada Starch Co. c. Gill et Dufus (Canada) Ltd.*, C.A. Montréal, n° 500-05-001746-823, 17 octobre 1990, J.E. 90-1617 (C.A.). Une importante sécheresse sévissant en Alabama avait profondément nui à l'exécution d'un contrat de livraison d'arachides.

8. *Grant Mills Ltd. c. Universal Pipeline*, [1975] C.S. 1203.

9. *Ibid.*

10. *Hudson Bay Co. Ltd. c. Wise Brothers Ltd.*, [1983] C.A. 501.

La doctrine contemporaine québécoise s'avère partagée. Le courant progressiste, auquel se rallient le professeur Tancelin¹¹ et M^e Soucy¹², se fonde principalement sur des motifs d'équité contractuelle. L'opinion du juge Baudouin est plus mitigée et suggère de recourir à la théorie de l'imprévision uniquement comme « mécanisme d'appoint ou de secours dans des situations exceptionnelles et particularisées¹³ ». Dans un article publié en 1969, il préconise de reprendre le test proposé en son temps par Ripert. La révision des contrats ne devrait être admise que pour des contrats de nature non spéculative ; de plus, le préjudice subi du fait du déséquilibre contractuel devrait être considérable ; enfin, le débiteur devrait prouver l'« enrichissement injustifié » du cocontractant¹⁴. Afin de compléter cette revue de la doctrine québécoise, écoutons les voix de la tradition. Les motifs invoqués par les professeurs Pineau et Burman¹⁵ et la juge Rousseau-Houle¹⁶ sont désormais classiques : nécessité de préserver la sécurité juridique des transactions, principe de la force obligatoire des contrats et crainte de voir l'arbitraire pénétrer le champ du droit des obligations. Cette argumentation, si elle a pu se justifier à une époque de stabilité économique et monétaire et dans un cadre contractuel moins complexe, paraît actuellement en disharmonie avec certaines réalités quotidiennes.

Sur la base de ce constat, notre étude veut être une réponse à la doctrine hostile à la théorie de l'imprévision et à l'immobilisme du législateur québécois. En effet, malgré l'optimisme qu'avait pu susciter le *Rapport sur le Code civil* de 1978, qui ménageait une place importante à la théorie de l'imprévision, l'avant-projet de 1987 et le nouveau *Code civil du Québec* ont maintenu le principe de *pacta sunt servanda*. Notre objectif n'est pas d'opérer une destruction gratuite des dogmes du passé. Mais certaines vérités prennent au fil des ans une saveur quelque peu rance. Et, à cet égard, l'argumentation développée à l'encontre de la théorie de l'imprévision mérite d'être projetée dans les réalités de ce crépuscule du xx^e siècle. Cette opération fera l'objet de notre première partie.

11. M. TANCELIN, *Des obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, p. 145.

12. J. SOUCY, « Étude sur les abus de droit », [1979] *R.L.n.s.* 1, 77.

13. J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1983, p. 224.

14. J.-L. BAUDOUIN, « Theory of Imprevison and Judicial Intervention to Change a Contract », dans J. DAINOW (dir.), *Essays on the Civil Law of Obligations*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969, p. 172.

15. J. PINEAU et D. BURMAN, *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 1988, pp. 281-282.

16. T. ROUSSEAU-HOULE, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, p. 264.

Ce qui est regrettable, sinon fallacieux dans l'opinion traditionnelle, c'est le fait de présenter la force obligatoire des contrats comme le paradigme du droit des obligations et de considérer toute opinion contraire comme une hérésie juridique. Hérésie que l'on charge au passage des mille maux d'Égypte. Cet attachement viscéral, comme toutes les passions aveugles, génère des excès qui paraissent *a priori* suspects. Cette suspicion est à l'origine de l'élaboration de notre deuxième partie. Elle se traduit par la recherche au sein du droit des contrats de principes négligés qui pourraient être à la base d'une construction juridique diamétralement opposée.

La révision judiciaire des contrats inquiète. Mais cette inquiétude intuitive se justifie lorsque l'intervention des juges est présentée comme l'incarnation de l'arbitraire. On admettra volontiers que les expériences du passé ne sont pas sans conforter certaines craintes. Mais les temps ont changé, et avec eux les mœurs de la magistrature. De plus, les enseignements du droit comparé démontrent que ces risques peuvent être jugulés par un encadrement cohérent de la théorie de l'imprévision. Ce dernier point fera l'objet de notre troisième et dernière partie.

1. Premiers éléments de réponse

Les motifs invoqués pour rejeter toute adaptation judiciaire des contrats reflètent la pensée juridique traditionnelle d'origine romaniste. Cependant, depuis les temps immémoriaux de la codification, droit et société ont évolué. À l'individualisme originel a succédé un état d'esprit plus social, plus collectiviste. Les institutions qui, hier encore, paraissaient solidement assises finissent par être ébranlées, et comme toute chose qui chancelle, leur sort est de tomber. Certains dogmes du droit civil ne peuvent échapper à cette attraction fatale. À ce stade de la réflexion, il convient de reprendre les trois principales objections formulées par les auteurs : force obligatoire des contrats, stabilité contractuelle et incompatibilité de la fonction juridictionnelle et de la création contractuelle.

1.1 La relativité contemporaine du principe de la force obligatoire des contrats

Le titre de la présente section tend à réduire une réalité historique plus nuancée. Il existe aujourd'hui, du fait de l'abandon de l'enseignement du droit romain, une confusion quant à l'origine des adages *pacta sunt servanda* et *solus consensus obligat*. Le principe de l'autonomie de la volonté est le résultat d'un long processus d'évolution qui s'accélère au XVIII^e siècle.

cle et connaît son apogée lors des codifications du *xix^e*¹⁷. Quant à *pacta sunt servanda*, on trouve sa première trace dans les décrétales du pape Georges IX¹⁸. On se rappellera que le droit romain des contrats était excessivement formaliste. Seules devenaient obligatoires les conventions revêtues d'une certaine forme¹⁹. La règle se trouve formulée dans le célèbre adage d'Ulpien : *Ex nudo pacto, actio non nascitur*²⁰. Les formes admises par le droit sont limitées :

Azon en compte six qui représentent les catégories romaines : la *res* du contrat réel, les *verba* de la stipulation, les *litterae* du contrat par écrit, le *consensus* du contrat consensuel, la *cohaerentia* pour les pactes adjoints [...] la *rei interventus*, l'exécution, dans les contrats innomés²¹.

Ce formalisme subsiste dans des lois barbares d'origine germanique et dans l'ancien droit français. Esmein nous fournit un exemple coloré des exigences de forme au Moyen Âge :

Le denier à Dieu était une pièce de monnaie que l'un des contractants donnait à l'autre en signe de marché conclu [...] c'était une sorte de supplément que fournissait l'une des parties, et qu'on employait généralement à des usages pieux [...] La convention est obligatoire si le denier à Dieu a été fourni, sinon elle ne l'est pas [...] La pièce de monnaie, dont la remise servait à lier le contrat n'était pas toujours consacrée à de pieux usages ; on les employait souvent à acheter du vin, que buvaient ensemble les contractants et les témoins ; c'est le vin du marché dont parlent plusieurs de nos coutumes²².

Mais la limitation de la force obligatoire des contrats n'est pas une seule question de forme. Le droit romain permettait de résoudre le contrat de mandat par simple révocation du mandant ou par renonciation du mandataire. La seule volonté d'un associé pouvait mettre fin à un contrat de société. Il était également admis que la lésion de plus de 50 p. 100 de la valeur d'un terrain constituait une cause de rescision d'un contrat de vente (*laesio enormis*)²³. Les compilations justiniennes permettaient de révoquer

17. Les historiens du droit s'entendent généralement pour situer la date de naissance de ce brocard à l'époque de Loysel qui le rapporte dans ses *Institutes coutumières* en ces termes : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain. » Cité par R. TISON, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, Paris, Domat-Montchrestien, 1931, p. 19.

18. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman Foundations of Civilian Tradition*, Cape Town, Juta & Co, pp. 542-543.

19. P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1957, p. 71.

20. *Ibid.*

21. *Id.*, p. 72.

22. A. ESMEIN, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, Paris, Larose & Forcé, 1883, pp. 24-25.

23. R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, note 18, p. 578.

des donations pour survenance d'enfants, de résilier un bail en cas de besoin impérieux et imprévu de l'immeuble par le bailleur²⁴.

Au XII^e siècle, l'influence des canonistes confère aux préceptes moraux et à l'équité une valeur supérieure à la force obligatoire des contrats :

Mais le fait subsiste : c'est une règle que les actes juridiques, bien qu'ils soient réguliers *jure civili* ne deviennent parfaits que s'ils s'accordent avec l'*aequitas*. La loi civile est libre d'imposer à une institution une forme, si arbitraire soit-elle, dont son existence dépende, mais elle ne saurait vouloir que, dans ses résultats elle blesse l'équité naturelle. Si la formation d'une convention est affaire de pure technique abandonnée au droit civil, sa force exécutoire est sujette à des conditions qui relèvent de l'*aequitas*²⁵.

Le XVI^e siècle marque le début du recul de l'influence de la morale catholique sur le droit des contrats. Hugo Grotius, que l'histoire retient comme le fondateur de l'École du droit naturel établit les prémices d'une vision essentiellement consensualiste du contrat. Dans son ouvrage demeuré célèbre, intitulé *De jure belli*, et dont l'influence sur les codificateurs Domat et Pothier a été souvent soulignée²⁶, Grotius fait l'apologie de la force obligatoire des conventions, qui constituerait la base de la paix sociale :

Grotius va donc commencer par démontrer la nécessité de tenir ses promesses, et il en fait le nœud de son système. Il y insiste à plusieurs reprises dans ses prolégomènes, y voyant un moyen, « le plus conforme à la nature » d'obliger les hommes les uns envers les autres, d'étayer le *jus sociale*²⁷.

Pour certains auteurs, dont Diesselhorst²⁸, l'œuvre de Grotius a fait éclater l'image traditionnelle du contrat médiéval. L'affirmation est peut-être trop générale. Car n'oublions pas que *De jure belli* est avant tout consacré au droit international public. Mais son œuvre va être reprise par d'autres maîtres de l'École du droit naturel, dont Puffendorf, à qui l'on doit la généralisation des principes de Grotius au droit privé. Les philosophes du Siècle des lumières vont contribuer significativement à la sacralisation de

24. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 1967, p. 223.

25. G. CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, Paris, Sirey, 1929, pp. 25-26.

26. Voir par exemple la thèse d'A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil*, Paris, LGDJ, 1969.

27. G. AUGÉ, « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », (1968) 13 *Arch. philo. dr.* 99, 108.

28. M. DIESELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Koeln, Graz, 1959, p. 144.

la volonté individuelle. Pour Rousseau, le contrat est la pierre angulaire de l'organisation sociale :

Puisqu'aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable, et puisque la force ne produit aucun droit, restent les conventions pour base de toute autorité entre les hommes²⁹.

La dogmatisation de la liberté individuelle trouve son apogée sous la plume de Kant :

Quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice, mais toute injustice est impossible quand il décide pour lui-même³⁰.

Le Code Napoléon marque la consécration juridique de ce dogme. Le XIX^e, siècle du libéralisme économique outrancier, va exacerber le principe de la force obligatoire des conventions et de la liberté individuelle. L'équité, la règle morale, ne joue qu'un rôle très effacé. Cette éviction se comprend lorsqu'on lit Fouillée pour qui « toute justice est contractuelle ; qui dit contractuel, dit juste³¹ ». De nos jours, la réflexion paraît anachronique. Mais il est également loin d'être sûr qu'elle constituait une vérité au siècle dernier. Qu'il nous soit permis à cet égard de reprendre les propos du doyen Ripert :

À supposer la convention irréprochable par son objet et son but, les deux parties sont-elles sur le pied d'égalité et leur inégalité n'est-elle pas justement de celles que la loi doit s'efforcer de corriger parce qu'elle est mère d'injustice ? Est-il permis d'exploiter la faiblesse physique et morale du prochain, le besoin où il est de conclure, la perversion temporaire de son intelligence ou de sa volonté ? Le contrat instrument d'échange des richesses et des services peut-il servir à l'exploitation de l'homme par l'homme, consacrer l'enrichissement injuste de l'un des contractants et la lésion de l'autre ? Ne faut-il pas au contraire maintenir à la fois l'égalité des parties et l'égalité des prestations pour satisfaire un idéal de justice que nous enfermons presque toujours dans une conception d'égalité³² ?

Les interventions législatives du XX^e siècle vont mettre à jour ces problèmes et apporter, dans une certaine mesure, les correctifs nécessaires. En France, les atteintes à l'article 1134 du *Code civil* ont été très nombreuses. On signalera tout d'abord le droit de repentir instauré par diverses lois relevant de la protection des consommateurs³³. En matière de

29. J. MÉDINA *et al.*, *Du contrat social*, Paris, Magnard, 1986, ch. 1, partie IV, p. 33.

30. E. KANT, *Doctrine du droit*, p. 169, cité par J. ZAKSAS, *La transformation du contrat et leur loi*, Paris, Sirey, 1939, p. 102.

31. Cité par G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1935, p. 40.

32. *Id.*, p. 41.

33. Exemple : *Loi n° 78.22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit*, J.O. 11 janvier 1978. J.C.P. 78.III.46697.

modification de la durée des contrats, on peut évoquer un décret du 30 septembre 1953 qui prévoit un droit de renouvellement des baux commerciaux³⁴ en faveur des commerçants locataires, l'article L.411-46 et suivants du *Code rural* qui instaure une solution identique pour le preneur de baux ruraux. Le législateur est également venu autoriser la révision des modalités d'exécution des contrats. On pense au délai de grâce qui, s'il existait déjà au moment de la codification napoléonienne (article 1244), a vu sa portée élargie par les lois du 20 août 1936 et du 11 octobre 1985 :

Les juges peuvent en considération de la position du débiteur et compte tenu de la situation économique, accorder pour le paiement des délais qui emprunteront leur mesure aux circonstances, sans toutefois dépasser 2 ans³⁵.

Signalons également le pouvoir modérateur des juges en matière de clauses pénales institué par la loi du 9 juillet 1975³⁶, la révision des baux commerciaux³⁷ et des baux à ferme³⁸.

Ce mouvement a suscité dès ses origines un vaste courant de protestation. Les titres des publications de cette époque sont très éloquentes et sans équivoque. Il est notamment question de la « désagrégation de la théorie contractuelle du code³⁹ », du « mépris des contrats et de la crise⁴⁰ ». Toutefois, malgré ces réquisitoires contre l'apostasie, la tendance s'est maintenue, sinon accélérée.

Au Québec, les signes de cette mutation, même s'ils sont moins nombreux qu'en France, se révèlent néanmoins tangibles. Les premiers pas relèvent des lois d'exception qui ont été promulguées au moment de la grande crise économique des années 1930. Au-delà de ces interventions ponctuelles et éphémères, l'action du législateur québécois constitue un tempérament à l'article 1012 du Code civil (1405 N.C.c.Q.)^{40a} qui écarte la

34. A. RIEG, *Juris-classeur civil*, fasc. 11, Paris, Éditions techniques, 1992, p. 19.

35. *Ibid.*

36. J. THILAMY, « Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé », (1980) 32 *Rev. int. dr. comp.* 17.

37. Décret n° 53-959 du 30 septembre 1953, tendant à l'organisation d'un réseau de marchés d'intérêt national, J.O. 1^{er} octobre 1953, art. 26 et 27.

38. *Code rural*, J.O. 19 avril 1955, art. L.411-13.

39. G. MORIN, « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », (1940) 10 *Arch. philo. dr. et socio. jur.* 7.

40. A. TOULEMON, *Le préjudice corporel et moral en droit commun : étude pratique et théorique, jurisprudence et méthodes d'évaluation*, Paris, Sirey, 1957.

40a. Afin de tenir compte de la réforme du *Code civil du Bas Canada*, les articles correspondant au projet de loi 125 (chapitre 64 des Lois du Québec de 1991) se trouvent placés entre parenthèses après la numérotation traditionnelle. En ce qui a trait à la compréhension des abréviations, C.c.B.C. signifie *Code civil du Bas Canada*, C.c.Q. fait référence au Livre II du Code civil concernant le droit de la famille entré en vigueur le 2 avril 1981 et N.C.c.Q. concerne le projet de loi 125 dont l'entrée en vigueur est prévue pour 1994.

lésion entre majeurs. Mais on ne manquera pas d'évoquer la limitation de la force obligatoire des contrats par la percée jurisprudentielle de la notion d'abus de droit en matière contractuelle.

1.1.1 Les législations d'exception

La crise économique de 1929 a provoqué au Québec un certain mouvement législatif tendant à soulager les débiteurs particulièrement touchés par la précarité du marché de l'emploi. La *Loi suspendant l'exigibilité des créances hypothécaires et autres*⁴¹ permettait au débiteur d'une créance hypothécaire d'obtenir, sur requête présentée à la Cour supérieure, un délai de paiement, ne pouvant toutefois pas s'étendre au-delà du 1^{er} mai 1934⁴². On peut également citer la *Loi relative au moratoire et sauvegardant la petite propriété*⁴³ et la *Loi concernant la libération de certains débiteurs*⁴⁴ qui sont inspirées des mêmes objectifs. Ces mesures législatives ont évidemment eu une influence directe sur la force obligatoire des conventions. Mais leur valeur n'est pas réellement significative dans la mesure où il s'agit, comme l'indique le titre de la présente section, de lois d'exception. On retiendra toutefois qu'en certaines circonstances les principes ont dû fléchir devant les nécessités impérieuses du moment.

1.1.2 *Pacta sunt servanda* et la lésion entre majeurs

En 1866, au moment de la codification, l'ultralibéralisme qui sévissait alors devait conduire les auteurs du Code civil à exclure la lésion entre majeurs. L'état d'esprit des codificateurs devait être proche de celui du juge Lemieux qui affirmait dans la cause *Bergevin c. Québec et Lake St John Ry Co.*⁴⁵ « que le législateur ne pouvait avoir la prétention de connaître mieux que les parties intéressées, ce que leur intérêt exige⁴⁶ ». L'année 1939 marque un tournant dans la politique législative du Québec. L'article 1056 (b) C.c.B.C. (1609 N.C.c.Q.), introduit dans le Code à cette époque, constitue le premier pas d'un courant tendant à l'admission de la lésion dans les contrats entre majeurs. Par la suite, cet élan ne devait plus cesser. Au fil des ans et des réformes se sont ajoutés l'article 1040 (c) (2332 N.C.c.Q.), l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* de 1978,

41. *Loi suspendant l'exigibilité des créances hypothécaires et autres*, S.Q. 1933, c. 99.

42. Délai prorogé par différentes lois modificatives jusqu'en 1937.

43. *Loi relative au moratoire et sauvegardant la petite propriété*, S.Q. 1936, c. 37.

44. *Loi concernant la libération de certains débiteurs*, S.Q. 1936, c. 6.

45. *Bergevin c. Québec et Lake St John Ry Co.*, (1912) 43 C.S. 38.

46. Cité par G. MASSOL, « La lésion entre majeurs en droit québécois », mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, p. 103.

l'article 1664 (10) et (11) (1901 N.C.c.Q.) et, plus récemment, les articles 462.11 (424 N.C.c.Q.) et 504 C.c.Q. (472 N.C.c.Q.).

1.1.2.1 L'article 1056 (b) du Code civil du Bas Canada

L'alinéa 4 de l'article 1056 (b) C.c.B.C. (1609 N.C.c.Q.) se lit comme suit :

Dans les cas de recours en dommages-intérêts résultant de blessures corporelles, les quittances et les règlements et les déclarations écrites obtenus de la victime dans les quinze jours de la date du délit ou du quasi-délit ne peuvent lui être opposés si elle en souffre lésion.

Cette disposition a pour objectif d'éviter qu'une victime « encore sous le choc de l'accident » ne signe hâtivement des documents qui lui seraient préjudiciables ou encore ne se laisse éconduire pour une somme représentant une indemnisation dérisoire. On avait vu trop souvent par le passé les responsables d'accidents profiter de la situation émotionnelle ou de la précarité des ressources financières de la victime pour lui soutirer, à peu de frais, une renonciation à tout recours en justice.

1.1.2.2 L'article 1040 (c) du Code civil du Bas Canada

L'article 1040 (c) C.c.B.C. (2332 N.C.c.Q.) prévoit ceci :

Les obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent sont réductibles ou annulables par le tribunal dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à toutes les circonstances, qu'elles rendent le coût du prêt excessif et l'opération abusive et exorbitante.

Cette disposition motivée par des considérations d'ordre public permet au juge de lutter contre l'usure. Dès son adoption, elle avait suscité de nombreuses critiques, quelques interrogations et beaucoup de scepticisme. Les praticiens craignaient qu'elle ne déstabilise et ne décourage l'industrie du crédit⁴⁷. Un auteur, Mayrand, exprimait peu de temps après la réforme des réticences du même ordre. Un passage de son ouvrage publié en 1965 est très révélateur de l'opinion majoritaire à l'égard de l'article 1040 (c) :

La certitude des droits et la sécurité qui en découle peuvent être des nécessités de la vie juridique, plus essentielles encore que le respect constant de l'équité⁴⁸.

Il est indéniable que l'article 1040 (c) constitue une rupture avec l'esprit originel du Code. Non seulement le juge peut-il annuler des stipulations contractuelles, mais il peut également se substituer aux parties et modifier les obligations initiales. Avec le recul des années, les remarques de la

47. A. LAVALLÉE, « En marge du Bill 48 », (1963-1964) 66 *R. du N.* 486.

48. A. MAYRAND, *De l'équité dans certains contrats*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1965, pp. 70-71.

doctrine sont riches en enseignements, mais non pour les raisons que l'on suspectait *a priori*. La crise du crédit n'a pas eu lieu, bien au contraire. Les décisions ont été rares et, généralement, les tribunaux ont usé de leur pouvoir de révision avec parcimonie et dans des situations particulièrement inéquitable, tel ce débiteur qui devait payer un intérêt annuel de près de 36 p. 100⁴⁹. Devant un tel constat, on s'interroge à nouveau sur le refus de conférer aux tribunaux un pouvoir général de révision des contrats.

1.1.2.3 L'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*

L'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* sanctionne ce que l'on pourrait qualifier d'abus de position dominante d'un commerçant à l'égard d'un consommateur :

Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante^{49a}.

Une lecture sommaire de l'article 8 laisserait entendre que son objectif principal est la lutte contre les manœuvres abusives ou hâtives de commerçants peu scrupuleux ou très informels, telle cette institution financière qui avait obtenu la signature en blanc d'un contrat de prêt⁵⁰. Mais l'interprétation jurisprudentielle de l'article 8 a considérablement élargi la portée de cette disposition. Elle constitue désormais un instrument de mise sous tutelle du consommateur qui ne peut se léser. Dans l'affaire *Gareau Auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*⁵¹, un dénommé Carbonneau avait acheté un bateau au prix de 11 174 dollars payable au moyen d'un dépôt initial de 680 dollars et de 30 versements mensuels de 372 dollars. Peu de temps après, regrettant son achat, il se soustrait au paiement des mensualités et demande l'annulation du contrat de vente. Ce qui lui est accordé tant en première instance qu'en appel, au motif que l'obligation était excessive et exorbitante au regard de l'inutilité de l'achat et de l'importance des charges par rapport à ses moyens. La décision mériterait bien des commentaires. On se contentera de remarquer le pouvoir d'appréciation et d'intervention du juge sur un contrat par ailleurs très valide. L'affaire *Desnoyers c. Banque nationale du Canada*⁵² est encore plus

49. *Boutin c. Belvédère Finance Co.*, [1970] C.A. 389.

49a. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

50. *Caisse populaire St-Vincent de Paul de Montréal c. Desgagné*, C.P. Montréal, n° 500-02-019037-840, 12 janvier 1986, J.E. 87-185.

51. *Gareau Auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.).

52. *Desnoyers c. Banque nationale du Canada*, [1988] R.J.Q. 572 (C.P.).

frappante. En l'espèce, la Cour s'autorise à réduire de plus de 50 p. 100 le montant des mensualités payables au titre d'un prêt personnel, alors même que cette demande ne figurait pas dans les conclusions de la requérante.

Notre objectif n'est pas de mener un débat polémique sur la pertinence de cette législation. On constatera simplement qu'elle opère une limitation appréciable de la force obligatoire des contrats. L'auréole de la « sainteté » des conventions s'en trouve un peu plus ternie.

1.1.2.4 Les clauses abusives en matière de baux locatifs

L'article 1664 du *Code civil du Bas Canada*, qui ne comporte pas moins de 11 alinéas, détaille minutieusement les clauses inopérantes dans un contrat de bail d'habitation. La limitation à l'autonomie contractuelle des parties est importante. Ainsi, le bail ne peut interdire l'achat de meubles à tempérament (art. 1664-6), l'engagement du personnel désiré par le preneur (art. 1664-9), etc. Les alinéas 10 et 11 (1901 N.C.c.Q.) se distinguent des autres interdictions en ce sens qu'on y prévoit, outre le pouvoir d'annulation, la possibilité d'une révision des clauses jugées abusives.

1.1.2.5 Le patrimoine familial et la lésion

L'entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1989 de la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*⁵³ a consolidé, d'une manière incidente il est vrai, la construction législative de la lésion en droit privé québécois. L'article 504 C.c.Q. (472 N.C.c.Q.) permet de renoncer au partage de la société d'acquêts, en précisant toutefois que « la renonciation peut être annulée si elle est entachée d'une cause de nullité des contrats ou pour cause de lésion ». L'article 462.10 (424 N.C.c.Q.) autorise la renonciation au partage du patrimoine familial, au moment du décès du conjoint ou du jugement de divorce, de séparation de corps ou de nullité du mariage. La portée de la renonciation se trouve limitée par l'alinéa 11 du même article, qui en prévoit l'annulation si « elle est entachée d'une cause de nullité des contrats ou pour cause de lésion⁵⁴ ». L'exception à l'article 1012 (1405 N.C.c.Q.) est qualitativement appréciable dès lors qu'elle permet d'attaquer un acte notarié. Lorsqu'on considère que le notaire se doit d'informer les parties

53. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.

54. Il ne faut pas confondre la renonciation et l'exclusion du bénéfice de la *Loi sur le patrimoine familial*. L'exclusion constituait une mesure transitoire qui permettait aux époux mariés avant le 1^{er} juillet 1989 de se soustraire aux effets de la loi 146. M. OUELLETTE, *Droit de la famille*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 170.

des incidences de leur geste, on perçoit davantage la portée de cette intervention législative⁵⁵.

La lésion constitue un mécanisme juridique qui permet de rééquilibrer un tant soit peu les rapports de force entre professionnels et non-professionnels. En ce sens, l'apport direct de ce mécanisme à la démonstration de la relativité contemporaine de la force obligatoire des conventions pourrait être discuté. Il en va différemment pour la théorie de l'abus de droit.

1.1.3 L'abus de droits contractuels

« Un droit porté trop loin devient une injustice. » Cette maxime, attribuée à Voltaire, illustre en quelques mots une théorie séculaire, dont la destinée est à la fois surprenante et remarquable. Malgré le grand intérêt que représente l'étude du développement historique, doctrinal et jurisprudentiel de cette notion⁵⁶, nous nous contenterons ici de préciser d'une manière laconique que les auteurs s'entendent pour définir l'abus de droit « comme la faute dans l'usage ou l'exercice des droits⁵⁷ ». La théorie de l'abus de droit conduit à envisager l'exercice des droits à travers le prisme de principes jugés supérieurs, telle l'équité. La jurisprudence s'est longtemps interrogée sur la possibilité d'invoquer l'abus de droit en matière contractuelle⁵⁸. Cette hésitation s'est toutefois dissipée, comme l'atteste l'opinion du juge Dugas :

Nous en venons à la conclusion qu'il peut y avoir abus de droits à mettre fin à ce contrat sans donner de cause valable, malgré une stipulation du contrat permettant d'y mettre fin sans mentionner de cause, si celui qui invoque cette clause, le fait avec malice et méchanceté⁵⁹.

La discussion sur la nature délictuelle ou quasi délictuelle de l'abus de droit dépasse l'objet de notre exposé. On retiendra essentiellement que cette action limite, au nom de l'obligation générale de bonne foi, l'autonomie de la volonté des parties. Cette limitation se trouve fort bien illustrée par l'affaire *Aselford Martin Shopping Centres Ltd. c. Al. Raymond Ltée*⁶⁰. Un contrat de vente d'un centre commercial était assorti d'une clause de transport de loyers des baux présents et à venir. Cette clause présentait la

55. Pour une illustration jurisprudentielle de la mise en œuvre de cette disposition, voir *Droit de la famille — 1411*, [1991] R.J.Q. 1889, *Droit de la famille — 1541*, C.S. Chicoutimi, n° 150-12-007133-901, 29 janvier 1992, J.E. 92-395 (C.S.).

56. Pour une étude très détaillée de cette théorie, on consultera le jugement rédigé par la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Banque nationale c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122.

57. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 11, p. 265.

58. *Trottier c. Mc Coll Frontenac Oil Co. Ltd.*, (1953) B.R. 497; *Banque provinciale du Canada c. Martel & Bresson*, (1959) B.R. 278.

59. *Noivo Automobile Inc. c. Mazda Motors Canada Ltd.*, [1974] C.S. 387.

60. *Aselford Martin Shopping Centres Ltd. c. Al. Raymond Ltée.*, [1990] R.J.Q. 1971 (C.S.).

particularité de permettre un appel à première demande du créancier, sans évidence du défaut de l'acheteur. À la suite de différents faits, sans intérêt pour notre propos, le créancier s'est prévalu de la clause mentionnée et a requis le paiement des loyers. Saisie de cette affaire par le débiteur, la Cour devait déterminer la validité et la portée effective de cette clause. Créée par la volonté des parties et ne violant aucune norme impérative, elle aurait dû permettre d'écarter les prétentions du demandeur. La décision du juge est tout autre. Sa première réaction est intuitive et laisse parler la raison :

Si toutes et chacune des obligations principales ont été respectées, est-il juste et logique qu'un créancier puisse arbitrairement, à sa simple guise, sans aucun motif valable, enclencher le processus d'une garantie collatérale ? J'en doute fortement⁶¹.

On conviendra du bien-fondé de cette affirmation. Mais les parties n'avaient-elles pas librement consenti à cette disposition ? L'argumentation juridique de la décision se fonde sur l'article 1024 C.c.B.C. (1434 N.C.c.Q.) et la notion d'équité :

L'équité fait donc partie intégrante de tous les contrats civils, malgré la doctrine fondée sur l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. Elle permet au juge un pouvoir discrétionnaire de corriger les conséquences des iniquités les plus flagrantes⁶².

La citation est assez explicite, nous semble-t-il. Qu'il nous soit cependant permis de prolonger la réflexion de la Cour. La force obligatoire des conventions est soumise à un principe hiérarchiquement supérieur : l'équité. Le juge prend le soin de préciser que l'intervention des tribunaux n'est justifiée qu'en cas d'atteinte grave à l'équité. À cet égard, on est en droit de s'interroger sur la passivité des tribunaux dans le contexte de contrats devenus manifestement inéquitables par l'avènement de circonstances imprévues. L'évocation de l'affaire *Posluns c. Entreprises Lormil Inc.*⁶³ renforce la pertinence de cette interrogation. Il s'agissait d'une demande de résiliation d'un bail commercial concernant un emplacement destiné à la restauration rapide et autorisant la seule vente de hot-dogs, hambourgeois, frites et boissons. Le contrat de location ne comprenait aucune clause d'exclusivité. En 1985, l'exploitant du centre commercial concéda un emplacement situé à proximité du premier commerce évoqué à une chaîne de restauration rapide servant principalement des hot-dogs ; ce dont se plaignit évidemment le propriétaire de l'entreprise artisanale. L'ab-

61. *Id.*, 1976.

62. *Ibid.*

63. *Posluns c. Entreprises Lormil Inc.*, C.S. Québec, n° 200-05-001584-858, 4 juillet 1990, J.E. 90-1131.

sence de clause d'exclusivité semblait sceller le sort de ce dernier. La Cour parvint pourtant à faire droit à ses récriminations :

En effet, bien que le bail ne contienne aucune clause d'exclusivité, les propos du directeur du centre commercial et la coutume établie entre les restaurateurs et avec le centre commercial depuis 1982 équivalaient à une garantie implicite d'exclusivité. En acceptant la venue d'un compétiteur direct des défenderesses, les représentants du centre commercial ne pouvaient pas ignorer qu'ils brisaient l'équilibre découlant de l'utilisation des lieux par les cinq restaurateurs spécialisés dans des menus différents⁶⁴.

Plus loin dans son argumentation, la Cour retient la notion d'abus de droit :

Aucun des premiers occupants ne pouvait soupçonner la venue d'un puissant compétiteur, affectant plus particulièrement les défenderesses. Ce changement inconsidéré, bien que fait sans malice, constitue une faute génératrice de dommages⁶⁵.

Mais la décision la plus significative de ces dernières années en matière d'abus de droit se retrouve sous la plume de la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Banque nationale c. Houle*⁶⁶. Les faits à l'origine de cet arrêt sont simples mais relativement longs. Nous nous en tiendrons donc à un résumé en précisant que la Banque nationale avait rappelé, après un préavis d'une seule heure, une marge de crédit consentie à la société Hervé Houle ltée et qu'elle avait demandé la réalisation des garanties. Il est important d'ajouter que la Banque et la Société entretenaient d'excellentes relations depuis près de 60 ans. La liquidation des actifs de la compagnie fut réalisée trois heures seulement après la demande de paiement du prêt. Les quatre frères Houle ne contestaient pas le rappel du prêt, mais l'absence de délai raisonnable entre le moment du rappel et la réalisation des garanties, qui s'est traduite par la vente des actifs de la société. La Cour devait déterminer si la réaction soudaine et empressée de la Banque constituait un abus de droit. La réponse de la Cour suprême est positive. Elle constate tout d'abord que la demande de paiement d'un prêt révoqué constitue une mise en demeure, qui, pour qu'elle ait un sens, doit accorder des délais de réponse raisonnables. En l'occurrence, comme l'avait déjà constaté la Cour d'appel⁶⁷, le délai de une heure ne peut être considéré comme raisonnable :

À mon avis, la banque a agi d'une façon soudaine, impulsive et dommageable, compte tenu en particulier du fait qu'elle n'a jamais donné d'avertissement quant aux inquiétudes qu'elle pouvait entretenir à propos de son prêt. La décision de la banque a eu pour résultat de réduire au néant en trois heures plus de cinquante

64. *Ibid.*

65. *Ibid.*

66. *Banque nationale c. Houle*, précité, note 56.

67. *Banque nationale c. Houle*, [1987] R.J.Q. 1518 (C.A.).

années de relations d'affaires. Vu le faible risque, du moins dans l'immédiat, de perte de la créance ou des garanties, on se perd en conjectures sur les motifs, le dossier étant silencieux à cet égard, qui ont pu inciter la banque à ne pas attendre à tout le moins la fin des négociations entamées avec Weddel Ltd. avant d'exercer ses garanties. Il y a donc eu abus flagrant du droit contractuel de la banque de réaliser ses garanties après l'échec de sa demande de paiement⁶⁸.

La reconnaissance jurisprudentielle de la théorie de l'abus de droit contractuel met un terme à la traversée du désert de la règle morale. L'équité reprend une place qu'un siècle d'exégèse lui avait soutirée. Cette conclusion devrait demeurer à l'esprit des plaideurs... et des opposants à la théorie de l'imprévision.

Ces quelques exemples de l'intervention judiciaire en matière contractuelle ne sont que l'illustration d'un vaste mouvement qui touche l'ensemble des pays de droit civil. Le dogme de l'intangibilité des contrats a vécu. Il reste un principe qui souffre de nombreuses exceptions.

1.2 Lorsque qu'un excès de stabilité génère l'effet contraire à celui qui est recherché

Systématiquement mis en avant par les opposants à la révision judiciaire des contrats, l'argument selon lequel un excès de stabilité génère l'effet contraire à celui qui est recherché n'a cependant suscité que peu de commentaires. Tout au plus a-t-on souligné qu'il était le fondement de la vie économique et commerciale :

Il est nécessaire, en effet, de ne pas toucher à la stabilité des contrats dans un régime fondé sur la liberté des échanges, à moins d'ébranler la base même du crédit et de la vie économique. Si le juge peut modifier un contrat dans l'intérêt du débiteur, il va mettre le créancier dans l'impossibilité d'exécuter lui-même les obligations qu'il a contractées vis-à-vis d'autres ; de répercussions en répercussions, l'on va détruire toute confiance, anéantir tout le commerce⁶⁹.

Cette vision d'apocalypse juridique paraît excessivement pessimiste. Si l'on se réfère aux législations qui ont introduit la théorie de l'imprévision, on constate que la perception du contrat en tant qu'instrument des relations commerciales ne s'est pas détériorée. La stabilité contractuelle à laquelle il est fait référence est une stabilité de pure forme, de façade pourrait-on dire⁷⁰. Il est illusoire, sinon naïf, de prétendre stratifier au jour J les obligations des parties pour une durée de plusieurs années. On ne peut calquer sans précaution la notion classique de contrat et de stabilité con-

68. *Aselford Martin Shopping Centres Ltd. c. Al. Raymond Ltée.*, précité, note 60, 1976.

69. A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. 2, Paris, Dalloz, 1959, pp. 452-453.

70. J.-P. Delmas St-Hilaire, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », dans P. DURAND (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, LGDJ, 1960, p. 189.

tractuelle sur ces opérations de longue durée. À cet égard, Kahn souligne que :

Ce n'est sans doute pas un des moindres paradoxes que l'on rencontre dans ces opérations que le contrat qui est destiné à stabiliser les relations entre les parties par la maîtrise du temps soit condamné d'emblée à ne pas pouvoir remplir son rôle⁷¹.

La réflexion est pertinente si l'on conserve une vision rigide et classique des conventions. Mais il n'est pas sûr que ce soit la vision commune et contemporaine de la fonction contractuelle. Celle-ci dépend essentiellement de la conjoncture économique. En période économiquement stable, les contractants confèrent à leur engagement des vertus « quasi immobilières ». En revanche, lorsque le climat environnant le contrat est plus incertain, les perspectives des parties paraissent différentes. La convention initiale est perçue comme une fondation sur laquelle on pourra toujours bâtir selon les besoins ; en témoigne la présence de plus en plus fréquente au sein des contrats des clauses de *hardship*.

En fait, les apparences sont trompeuses et on pourrait au contraire voir dans la possibilité d'une révision judiciaire des contrats un facteur de stabilisation des relations contractuelles. En effet, on devine aisément le sort d'un engagement profondément bouleversé par la survenance d'événements imprévisibles. Acculé à la faillite, le cocontractant disparaît et avec lui toute perspective d'exécution. Cette disparition du contrat est sans aucun doute beaucoup plus grave que l'altération de certains principes. De plus, la rigidité de *pacta sunt servanda* provoque un changement de comportement des parties. En période économique troublée, le long terme devient une hantise et les parties préfèrent des engagements à plus brève échéance. À cet égard, la sauvegarde des principes exige un lourd tribut. En privilégiant la stabilité contractuelle, on a provoqué l'instabilité des relations contractuelles.

1.3 De la prétendue incompatibilité de la fonction juridictionnelle et de la création contractuelle

Préserver les contrats de la menace de l'arbitraire des juges, tel a été le credo d'une partie de la doctrine depuis les temps de la codification. Cette hostilité n'est pas sans fondement. Les divers abus des parlements royaux d'avant la Révolution française de 1789 ont créé un climat de méfiance très légitime qui se trouve illustré par l'adage « Que Dieu nous garde de l'équité des parlements⁷² ! » Mais les temps ont changé et la création jurispruden-

71. P. KAHN, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », (1975) 102 *J. Dr. Int.* 468.

72. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 14, 183.

tielle du droit n'est plus un sujet de débats théoriques, mais un fait accepté et maintes fois confirmé. Certaines affaires ont connu un succès médiatique qui a projeté le phénomène sous un jour plus profane. On pense à l'arrêt *Kravitz* par exemple⁷³.

Dans l'esprit des auteurs hostiles à la révision judiciaire des contrats, il semble exister une confusion entre arbitraire et pouvoir d'appréciation. L'arbitraire a une connotation péjorative ; il est le symbole d'un pouvoir quasi occulte. Il ne faudrait pas, par un atavisme désormais déplacé, entrevoir le pouvoir judiciaire comme un adversaire dangereux, mais plutôt comme un partenaire conciliateur. Cette philosophie est présente dans l'ensemble des législations qui ont accueilli la théorie de l'imprévision. Au demeurant, la création contractuelle judiciaire n'est plus un mythe, mais elle constitue une réalité tangible. Les illustrations de ce phénomène sont nombreuses. On peut évoquer la création d'un contrat de société entre concubins⁷⁴. Mais le courant jurisprudentiel le plus remarquable s'avère celui qui est relatif aux obligations contractuelles implicites. Se fondant sur l'article 1024 C.c.B.C. (1434 N.C.c.Q.), les tribunaux ont complété des contrats par l'insertion d'obligations souvent accessoires à celles qui étaient stipulées expressément⁷⁵. Mais parfois la création contractuelle dépasse le cadre de l'accessoire, comme dans l'affaire *Posluns c. Entreprises Lormil Inc.* déjà évoquée⁷⁶ où la Cour fabriqua de toutes pièces une clause d'exclusivité.

En matière civile, la fonction juridictionnelle a longtemps été entrevue comme une institution statique, devant se borner à trancher les prétentions des parties. Cette vision est désormais chose du passé. Le législateur est intervenu à maintes reprises pour responsabiliser davantage le corps de la magistrature. Le constat se vérifie tout particulièrement dans le domaine du droit de la famille. L'étude systématique des réformes qui ont été réalisées dans les années 1980 dépasserait largement l'objet de notre propos. Nous nous contenterons ainsi de relever quelques exemples. L'article 462.9 C.c.Q. (422 N.C.c.Q) laisse à la discrétion des tribunaux la possibilité de procéder à un partage inégal du patrimoine familial. Les raisons qui ont motivé la mise en œuvre de cette mesure relèvent de l'équité. Cet article permet donc de corriger les effets quelquefois pervers d'une loi par ailleurs très juste. En témoigne la décision *Droit de la fa-*

73. *Kravitz c. General Motors of Canada*, [1979] 1 R.C.S. 790.

74. *Beaudoin-Daignault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 1.

75. On consultera avec grand intérêt l'article de P. LEGRAND fils, « L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge », (1991) 22 R.D.U.S. 109.

76. *Posluns c. Entreprises Lormil Inc.*, précité, note 63.

mille — 1519⁷⁷. L'intimée avait quitté le domicile conjugal après 11 ans de vie commune en emportant 90 p. 100 des meubles, une automobile, 22 000 dollars en obligations et 2 500 dollars en argent comptant. À l'issue de la procédure de divorce, elle demandait le partage des rentes de son ex-conjoint. Ce que lui refusa le tribunal au motif que « compte tenu du fait que l'intimée a dépouillé le requérant de tous ses biens lorsqu'elle a quitté le domicile conjugal, il en résulterait une situation d'injustice grave si la rente de ce dernier était partagée⁷⁸ ». L'article 462.7 C.c.Q. (420 N.C.c.Q) autorise le juge, au moment du partage du patrimoine familial, à attribuer certains biens à l'un ou l'autre des époux et à permettre au conjoint débiteur d'exécuter son obligation par versements échelonnés sur une période qui ne dépasse pas 10 ans.

Les termes mêmes de la rédaction législative sont révélateurs de l'état d'esprit de la réforme. On retrouve systématiquement la formule « le tribunal peut ». À cet égard, l'article 435 C.c.Q. (385 N.C.c.Q) est particulièrement intéressant. Il est question des effets de la nullité des mariages, et plus particulièrement des donations consenties en considération du mariage. Cette disposition confère au tribunal le choix de « les déclarer caduques, ou de les réduire, ou ordonner que le paiement des donations entre vifs soit différé pour un temps qu'il détermine », en tenant compte des circonstances dans lesquelles se trouvent les parties.

Les arguments développés par la doctrine à l'encontre de la théorie de l'imprévision ne paraissent pas convaincants. Ce rejet serait surtout motivé par des considérations d'opportunité juridique. Ce qui est présenté comme l'unique solution en droit ne constitue qu'un choix parmi d'autres. Au fil des ans, ce choix a perdu de son prestige et surtout de sa pertinence. Dans un monde où les relations commerciales se déroulent à l'échelle planétaire et à la vitesse des transmissions électroniques et satellisées, *pacta sunt servanda* paraît statique et anachronique. Le jeu de mots est faible et presque involontaire, mais il illustre bien la conclusion de notre première partie. Toutefois, en écartant ce choix, nous tenons à en proposer d'autres.

2. Essai d'une contre-argumentation

Les ressources offertes par le droit civil positif aux fins de l'admission de la théorie de l'imprévision sont nombreuses. On peut penser à l'interprétation des contrats, à la notion de bonne foi, à la théorie de la cause et,

77. *Droit de la famille — 1519*, C.S. Hull, n° 550-12-011655-890, 30 décembre 1991, J.E. 92-247 (C.S.).

78. *Ibid.*

enfin, à l'excuse de force majeure. Les arguments tirés de la notion d'enrichissement sans cause et de l'erreur peuvent être rapidement écartés, car, comme le souligne J.-L. Baudouin, il est admis en droit civil québécois qu'un contrat constitue une juste cause⁷⁹. Quant à l'erreur, elle n'est reconnue comme un vice du consentement qu'au moment de la formation du contrat et, de surcroît, elle est exclue lorsqu'elle porte sur la valeur d'un bien ou d'un service⁸⁰.

2.1 L'interprétation des conventions

L'interprétation des conventions constitue la thèse la plus ancienne. Elle sous-tend l'idée que tout contrat est conclu avec une clause d'imprévision implicite, la clause *rebus sic stantibus*. Les parties se sont engagées au regard d'une situation reflétant un certain équilibre des prestations. Si celui-ci vient à être rompu, il convient de résoudre le contrat ou de l'adapter à ces nouvelles circonstances.

La clause *rebus sic stantibus* trouve son origine dans les écrits de deux auteurs de l'Antiquité : Sénèque et Cicéron⁸¹. Selon Sénèque, « pour qu'un homme soit tenu d'accomplir ce qu'il a promis, il faut que toutes les circonstances soient restées les mêmes⁸² ». Pour sa part, Cicéron fournit comme illustration à sa théorie l'exemple de l'épée qu'il convient de ne pas remettre au déposant frappé par la démence⁸³. L'idée a été reprise par saint Augustin, et c'est sur cette base qu'elle a été incorporée dans le Décret de Gratien⁸⁴. Au Moyen Âge, elle est systématisée par les auteurs canonistes dans le dessein de lutter contre l'usure :

C'est que, en effet, la notion de moralité trouve son expression la plus pleine sous la plume des canonistes du moyen-âge dans la réprobation de l'usure sous toutes ses formes. Et par le mot usure ils entendent toutes injustices susceptibles de se glisser dans un contrat même librement consenti en apparence⁸⁵.

Cet idéal se reflète dans un extrait de l'œuvre de saint Thomas d'Aquin :

Celui qui promet une chose s'il a l'intention de faire ce qu'il promet ne ment pas parce qu'il ne parle pas contre sa pensée. Mais s'il ne fait pas ce qu'il a promis alors il paraît commettre une infidélité par là même qu'il change de dessein. Cependant

79. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 14, 169.

80. *Ibid.*

81. SÉNÈQUE, *De beneficiis*, Lib. IV, XXXV, 3 ; CICÉRON, *De officiis*, 3 XXV, 95, cités par R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, note 18, p. 579.

82. Cité par P. VOIRIN, « De l'imprévision dans les rapports de droit privé », thèse de doctorat, Nancy, Université de Nancy, 1922, p. 44.

83. R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, note 18, p. 579.

84. Décret de Gratien, *Secunda Pars, Causa XXII, Quaest. II*, cité par R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, note 18, p. 580.

85. P. VOIRIN, *op. cit.*, note 82, pp. 43-44.

il peut être excusable [...] Si les conditions des personnes et des choses sont changées [...] autrement celui qui a fait la promesse n'a pas été menteur parce qu'il avait promis ce qu'il avait dans l'esprit en sous-entendant les conditions légitimes ; il n'est pas non plus infidèle en ne remplissant pas sa promesse parce que les conditions ont changé⁸⁶.

Les postglossateurs, tels Balde et Tiraquellus, vont tirer de la pensée de saint Thomas d'Aquin la formule demeurée célèbre : *Contractus que habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelleguntur*, généralement plus connue sous le générique de clause *rebus sic stantibus*⁸⁷. Le principe pénètre timidement le droit français. On en trouve une trace tangible dans les *Statuts de Provence* :

Le contrat qui a trait successif doit être réduit à l'équité, quand la suite du temps le rend injuste, quand l'état de choses est tellement changé que l'ancienne convention eu égard au temps présent devient inique⁸⁸.

Mais c'est en Allemagne et en Italie qu'elle connut le plus grand succès⁸⁹. Elle fut introduite par le *Codex Maximilianus Bavaricus civilis* de 1756, puis par l'*Allgemeines Landrecht* prussien de 1794. À la fin du xviii^e siècle, elle est abandonnée. Les auteurs sont partagés quant aux raisons profondes de cette disparition. Voirin trouve une explication dans la réforme protestante :

C'est qu'en effet la Réforme prétendait secouer le joug de la tradition canonique et, au nom de la liberté religieuse, abolir la prohibition traditionnelle de l'usure que les canonistes entretenaient à grand renfort de sévérités. En dépit des protestations que firent entendre les voix les plus autorisées, dès l'époque de la renaissance et du protestantisme, les rigueurs du droit chrétien devaient fléchir devant les nouveautés envahissantes. Dès lors, puisque la naissance et le développement de la clause *rebus sic stantibus* se relie à la théorie canonique de l'usure, on comprend que la clause n'ait pas trouvé en France un terrain propice à son développement⁹⁰.

Les raisons de la mutation du droit des contrats sont moins polémiques et plus complexes. Zaksas relève qu'à la fin du xiii^e siècle le droit canon voit apparaître une idée nouvelle. La violation de la parole donnée étant un mensonge et le mensonge un péché, Huggacio et Bernard de Pavie en déduisent la force obligatoire des conventions⁹¹. Ce principe est introduit en droit français au début du xvi^e siècle, mais pour des raisons plus laïques.

86. SAINT THOMAS D'AQUIN, *Sum. théolog.*, 2^e partie, 2^e section, question 110, art. 3, cité par P. VOIRIN, *op. cit.*, note 82, p. 45.

87. *Id.*, pp. 45-46.

88. JULIEN, *Statuts de Provence*, t. 2, p. 37, cité par P. VOIRIN, *op. cit.*, note 82, p. 47.

89. D.M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 217.

90. P. VOIRIN, *op. cit.*, note 82, p. 47.

91. J. ZAKSAS, *op. cit.*, note 30, p. 95.

On a déjà évoqué les travaux des auteurs de l'École du droit naturel et de leur influence sur la doctrine juridique. À ce facteur, il faut ajouter celui du développement économique considérable que connaît la France au xvi^e siècle. L'activité commerciale nécessitant un cadre juridique souple, rapide et consensualiste, ce besoin va écartier définitivement le formalisme hérité du droit romain et va tendre à expurger les règles morales forgées par l'École scolastique.

C'est à la doctrine allemande que l'on doit la résurrection de la clause implicite d'imprévision. Ce procédé légitimant la révision se présente non comme une atteinte à la force obligatoire des conventions, mais comme une affirmation de celle-ci. L'intervention judiciaire est déduite de l'intention implicite des parties et se trouve donc intégrée au contrat. Les détracteurs de cette théorie soulèvent que c'est là une vision bien idéaliste des relations commerciales :

Dans le commerce en général, chacune des parties espère que les événements postérieurs lui seront favorables, que l'avenir sera en sa faveur ; il n'est pas certain, que si le futur avait pu être prévu, les parties auraient été d'accord sur les modifications à apporter à leurs stipulations⁹².

Qu'un commerçant soit avide de gain ne paraît pas contestable. Mais de là à ce qu'il souhaite que l'avenir lui permette d'exploiter son cocontractant, il y a un pas que le droit ne devrait pas franchir. L'intérêt de la théorie de la clause implicite n'est pas strictement juridique, en ce sens qu'elle comporte également l'avantage de réconcilier le contrat avec son milieu d'origine et de lui redonner une dimension économique, commerciale et humaine. On a longtemps insisté sur l'aspect conflictuel du contrat qui serait « le siège d'une lutte d'intérêts » ou « le champ de tension économique »⁹³. L'assertion n'a certainement pas perdu de sa pertinence. Mais elle ne doit pas être généralisée à outrance. Dans bien des cas, le contrat est l'expression d'une coopération réelle et sincère. Dans l'échelle des sentiments, on parlerait d'une situation qui serait plus proche de l'amitié que de la simple camaraderie. C'est le cas notamment des contrats de longue durée. Cet état d'esprit doit exister au moment de la conclusion de la convention, mais également tout au long de son exécution.

La clause *rebus sic stantibus* présente l'avantage d'éclairer la notion de consentement sous un jour plus pragmatique :

Le consentement ayant pour base la volonté, ne peut dépasser cette volonté qui ne comprend que les éléments existants ou tout au plus prévus. Les éléments anormaux et imprévus ne sont pas entrés dans les vues des parties⁹⁴.

92. H. CAPITANT et A. COLIN, *op. cit.*, note 69, p. 481.

93. J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 1988, p. 271.

94. P. VOIRIN, *op. cit.*, note 82, p. 35.

L'objet du consentement ne doit pas être envisagé uniquement selon le sens littéral de ce qui est stipulé, mais doit également tenir compte de la dimension psychologique et économique de l'opération. On ne consent à se départir d'un bien ou à fournir un service que dans la mesure où, en retour, on reçoit un bien de valeur égale. Dans certains cas, les espoirs peuvent être déçus. C'est un aléa regrettable mais incontournable. Mais lorsque la déception tourne au désespoir ou à la ruine, il y a une iniquité qui mérite d'être corrigée. Ces considérations sont présentes à l'esprit des parties au moment de la conclusion du contrat. C'est ce que traduit la clause *rebus sic stantibus*. À défaut d'une telle interprétation, tout contrat deviendrait aléatoire. Jusqu'à ce jour, les tribunaux québécois n'ont fait que peu d'écho à cette théorie. On peut toutefois citer l'opinion du juge Lamothe dans l'affaire *Madden c. Demers*⁹⁵ :

Utiliser les développements nouveaux et leurs faits imprévus pour fixer la portée réelle des obligations, la matière véritable du consentement ; ce n'est pas une question d'impossibilité absolue ; il s'agit d'interpréter et d'appliquer la commune intention des parties.

Enfin, pour ceux qui craindraient une mise en péril de l'institution contractuelle, précisons que la théorie de la clause implicite a le mérite d'instaurer un encadrement de la théorie de l'imprévision. La présence de cette clause est simplement présumée et, à cet égard, il convient de rechercher l'intention commune des parties au moment de la conclusion du contrat. Cette recherche suppose que le juge devrait s'interroger sur la prévisibilité au moment de la conclusion du contrat de l'événement qui a concouru au déséquilibre contractuel, se demander si les conséquences économiques sont suffisantes pour que l'on puisse penser que dans cette perspective l'engagement n'aurait été souscrit et, finalement, qu'il devrait tenter de déterminer si le profit induit par les changements de circonstances était vraiment inespéré pour le créancier au moment de l'échange des consentements⁹⁶. Ces dernières précisions permettent d'écarter les réticences doctrinales envers la théorie de la clause implicite. J.-L. Baudouin objectait notamment qu'il paraissait difficile de parvenir à une telle interprétation de la volonté des parties, dans la mesure où l'absence de clause d'imprévision explicite attestait le souci de maintenir l'engagement selon ses termes initiaux. L'argument pourrait être discuté, notamment au regard de la portée effective du silence des parties. Mais selon la méthode interprétative proposée, c'est au juge que sera soumis cette question. S'il en vient à la conclusion que les parties étaient conscientes des risques et

95. *Madden c. Demers*, (1920) 29 B.R. 505.

96. G. FARJAT, *Droit privé de l'économie*, t. 2, Paris, Presses universitaires de France, 1984, p. 272.

qu'elles les avaient intégrés dans leur champ de prévision, l'absence formelle de clause de *hardship* paraît logique et le contrat doit être exécuté sans intervention judiciaire. Dans le cas de conclusions opposées, elle n'est qu'un indice parmi tant d'autres, sans valeur de présomption.

2.2 La notion de bonne foi

Le principe de justice naturelle qu'est la notion de bonne foi a reçu une consécration législative imposante. Près de 60 articles du Code civil font expressément référence à cette notion. Toute tentative de définition de ce précepte confine à l'exercice de vulgarisation, dans la mesure où il ne répond pas à des normes objectives. S'agissant d'une prescription tout d'abord morale, elle est avant tout le fruit d'une réaction intuitive :

Et la règle morale [...] ne s'en tient pas aux apparences ; ses exigences ne sont satisfaites que si, dans leur for interne, les contractants ont conscience de n'avoir pas commis d'injustice en exécutant leurs prestations respectives⁹⁷.

Comme bien des notions à contenu variable, elle est amenée à évoluer selon le temps et les mœurs du moment. On peut tout de même affirmer qu'il est question d'une norme de comportement social et moral, un concept correctif destiné à réconcilier le droit et les principes de justice sociale. En matière d'exécution des obligations, l'article 1024 C.c.B.C. (1434 N.C.c.Q.) fait écho à la notion de bonne foi en précisant que « les obligations s'étendent non seulement à ce qui est exprimé mais encore à toutes les conséquences qui en découlent d'après sa nature et suivant l'équité, l'usage ou la loi ». La lecture de l'article 1024 suscite la question suivante : est-il équitable que l'une des parties exige l'exécution d'un contrat dont l'économie a été profondément bouleversée par l'avènement de circonstances imprévues ? Cette question se pose avec une acuité particulière lorsqu'un contractant « exigerait de son partenaire l'exécution, alors que sa propre prestation est vidée de sa substance par l'effet de la hausse des prix et de la dépréciation de la monnaie⁹⁸ ». *A priori*, la réponse du « bon père de famille » devrait être négative. Planiol et Ripert soulignent que « si la bonne foi oblige à ne pas tromper son cocontractant, elle oblige également à ne pas s'enrichir de ses dépouilles, si des circonstances imprévues font du contrat tout autre chose que ce qu'avaient envisagé les parties⁹⁹ ». Il est intéressant de noter que c'est sur cette notion de bonne foi que la jurisprudence allemande a fondé ses décisions demeurées célèbres sur la revalorisation des créances hypothécaires¹⁰⁰.

97. J.-P. DELMAS St-Hilaire, *loc. cit.*, note 70, 190-191.

98. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 24, p. 240.

99. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, Paris, LGDJ, 1930, p. 554.

100. R. SPARWASSER, *loc. cit.*, note 2, 129.

En règle générale, l'obligation de bonne foi est présentée sous deux aspects. Le premier, d'essence passive, oblige les parties à faire preuve de loyauté. Un contractant doit s'abstenir de nuire à son partenaire. À titre d'illustration, citons le devoir de confidentialité dans le cadre des contrats touchant le savoir-faire ou les brevets. Le second, d'origine plus contemporaine, force les parties à un rôle plus actif. C'est le devoir de collaboration ou de coopération. En droit positif québécois, on peut rattacher à cette conception moderne des relations contractuelles l'obligation d'information. Ainsi, en matière de dol, le partenaire doit non seulement s'abstenir de dissimuler certains renseignements, mais il doit également les révéler¹⁰¹. Cette obligation implicite de renseignement se trouve confortée par le juge Beetz dans l'arrêt *Banque nationale c. Soucisse*¹⁰². D'origine jurisprudentielle, cette règle se trouve désormais consacrée à l'article 1401 N.C.c.Q. Bien souvent, ce devoir d'information est accessoire à l'obligation principale. C'est le cas du fabricant de biens techniques qui se doit de fournir les renseignements nécessaires à leur utilisation¹⁰³. Selon l'article 2186 N.C.c.Q., un tel esprit de collaboration doit également présider à la formation et à l'exécution des contrats de société. Ce rapprochement avec ces personnes morales n'est pas fortuit. Les contrats de longue durée présentent en effet certaines analogies avec les contrats de société. Dans les deux cas, l'*intuitu personae* joue un rôle important, sinon déterminant. Cette obligation de collaboration devrait donc induire de la part du partenaire bénéficiant outrageusement des effets d'un changement de circonstances la volonté de trouver les moyens de rééquilibrer les prestations respectives.

2.3 La théorie de l'imprévision et la notion de cause

Si l'on admet, comme le suggèrent certains auteurs¹⁰⁴, que la cause joue un rôle non seulement dans la formation mais aussi dans l'exécution des contrats, il devient possible de fonder la théorie de l'imprévision sur cette condition de validité des conventions. On peut en effet estimer que les nouvelles circonstances qui influent sur l'équilibre contractuel ont fait disparaître la cause de l'engagement, tout au moins celle du débiteur de l'exécution. Cette théorie causaliste trouve ses origines dans la doctrine allemande. Windscheid avait élaboré dès le milieu du XIX^e siècle une théorie dite de la présupposition, selon laquelle « la partie contractante

101. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 13, p. 153.

102. *Banque nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

103. P. JOBIN, *Les contrats de distribution de biens techniques*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1975, p. 123, cité par J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 13, p. 153.

104. A. KASSIS, *op. cit.*, note 6; G. FARJAT, *op. cit.*, note 96, p. 240.

conclut un contrat en présupposant que celui-ci ne conserve sa force obligatoire qu'en un certain état de choses¹⁰⁵ ». Mais c'est à Oertmann que l'on doit l'effort de systématisation de la théorie causaliste. L'auteur définit son concept de « fondement de l'opération » (*Geschaefstgrundlage*) comme étant :

La représentation que se sont faites les parties de la présence ou de la survenance de certaines circonstances sur la base de laquelle la volonté contractuelle s'est construite. Elle vise également une pareille représentation, propre à l'une des parties, mais qui, apparue à la conclusion du *negotium*, a été reconnue par le partenaire éventuel dans sa signification réelle et n'a pas été contestée par lui¹⁰⁶.

Il ressort de cet énoncé que la résolution d'un contrat devrait être possible lorsque les attentes et les prévisions des parties sont déçues¹⁰⁷. On pourrait objecter que les raisons qui ont motivé l'engagement des parties ne reposent pas toujours sur le maintien de l'équilibre contractuel initial. Cette remarque peut s'avérer pertinente pour certains types de contrats spéculatifs. Mais c'est alors au juge de le constater et d'en tirer les conclusions.

2.4 L'élargissement de la notion de force majeure

L'article 1072 C.c.B.C. (1693 N.C.c.Q.) prévoit la libération du débiteur « lorsque l'inexécution de l'obligation est causée par cas fortuit ou force majeure ». La force majeure vient ainsi excuser la défaillance du débiteur. Dans la majorité des systèmes juridiques, il doit s'agir d'une impossibilité absolue. Le cas fortuit ne peut donc être invoqué dans l'hypothèse d'une aggravation des obligations du débiteur. Un arrêt de la Cour de cassation française illustre d'une manière convaincante cette exigence : « Il n'y a pas force majeure, si l'événement survenu le débiteur avait la possibilité d'exécuter [...] à des conditions plus onéreuses, quitte à se ruiner¹⁰⁸. » Sous ces auspices, l'excuse de force majeure n'est d'aucun secours pour le contractant victime des aléas du temps.

On aurait toutefois pu concevoir la force majeure sous un angle différent, en substituant au critère de l'impossibilité matérielle celui de l'impossibilité économique. Cette démarche fut celle des tribunaux allemands de 1918 à 1922. Selon les décisions du *Reichsgericht*, l'impossibilité économique peut résulter d'une exécution « tout à fait différente quant à son contenu, de celle prévue initialement au contrat¹⁰⁹ ». En ces termes, elle

105. R. SPARWASSER, *loc. cit.*, note 2, 125.

106. P. OERTMANN, *Die Geschaefstgrundlage*, Leipzig, 1921, p. 37, cité par D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 89, p. 227 à sa note 5.

107. *Ibid.*

108. Cass. civ., 4 août 1915, Dalloz 1916, 1^{re} partie, p. 22.

109. R. SPARWASSER, *loc. cit.*, note 2, 128.

s'apparente à la notion de frustration de common law. Mais la force majeure peut également être invoquée lorsque l'exécution des prestations ne peut être raisonnablement exigée selon les usages admis en affaires. Les tribunaux allemands emploient les termes *Unzumutbarkeit* et *Opfergrenze*, que nous traduisons maladroitement par « ce qui n'est pas décentement exigible » et « limite au sacrifice ». Ces notions sont fortement empreintes d'équité. Selon Koeler, l'appréciation jurisprudentielle de l'*Unzumutbarkeit* se réfère aux critères suivants : la disproportion flagrante entre les prestations, la hauteur absolue de la charge imputée, la durée du contrat, la force économique respective des parties et l'inégalité qu'elle peut entraîner dans la détermination des prestations¹¹⁰. À cette énumération, il faut ajouter l'imprévisibilité des circonstances qui ont conduit à rendre l'exécution du contrat *unzumutbar*. Cette précision permet de replacer cette innovation de la jurisprudence allemande dans le cadre classique de la force majeure. Un arrêt de la Cour suprême allemande du 8 février 1978 illustre cette exigence¹¹¹. Les faits de cette décision trouvent leur origine lors de la crise pétrolière de 1973. Un distributeur de mazout avait refusé d'honorer ses engagements au prix initialement convenu, en invoquant que les prix avaient depuis sextuplés. La Cour lui refusa le bénéfice de la théorie de l'imprévision au motif :

Qu'en sa qualité de négociant en produits pétroliers, il connaissait les facteurs qui déclenchèrent la crise, en l'occurrence la guerre israélo-arabe, et devait en percevoir les conséquences. Il était alors en mesure, sans grandes difficultés, de stocker le mazout qui lui [restait] à livrer¹¹².

L'acquisition de l'objet de la prestation ne doit donc pas être simplement plus difficile (prix d'achat plus élevé par exemple à la suite d'un événement imprévu), mais elle doit être liée à des difficultés si inhabituelles que ces dernières peuvent être assimilées à une impossibilité absolue¹¹³. Les auteurs classiques penseront que c'est là une vision apocryphe de la force majeure. Elle présente cependant l'avantage de décharner cette excuse d'inexécution de ces aspects quasi divins ou surnaturels. La force majeure ne doit pas être considérée comme une fatalité, mais plutôt comme un incident de parcours dont il convient d'atténuer les effets.

L'objectif de notre ébauche de contre-argumentation n'est pas tant de convaincre que de mettre en exergue le fait que le principe de l'intangibilité des conventions n'est pas « la vérité civiliste », mais un simple choix. Les

110. H. KOELER, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, Munich, 1971, cité par D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 89, p. 292.

111. BGH, 8 février 1978, *J.Z.* 1978, p. 235.

112. D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 89, p. 292.

113. RGZ 57, 116, cité par R. SPARWASSER, *loc. cit.*, note 2, 128.

paragraphes qui précèdent démontrent qu'il est possible de trouver en droit civil des points d'ancrage à la théorie de l'imprévision. Quant à la crainte de voir l'institution contractuelle s'effondrer, elle peut être écartée par un encadrement raisonné de l'intervention judiciaire.

3. L'encadrement de la révision judiciaire des contrats

En premier lieu, il convient de souligner que la révision judiciaire des contrats n'est généralement pas d'ordre public et peut donc être écartée par la volonté des parties. On signalera cependant la position exceptionnelle des droits égyptien, algérien et syrien dans lesquels la théorie de l'imprévision est une norme impérative¹¹⁴.

Selon les systèmes juridiques envisagés, l'encadrement de l'action judiciaire s'avère plus ou moins structuré. On peut cependant distinguer trois axes directeurs. Le premier opère une discrimination selon la nature des contrats. Le deuxième concerne la portée économique des circonstances invoquées. Enfin, le troisième établit d'une manière concrète les pouvoirs du juge.

3.1 Les contrats en cause

Dans un mouvement uniforme, l'ensemble des droits ayant accueilli la théorie de l'imprévision écarte les contrats aléatoires et ceux qui sont strictement spéculatifs. La démarche ne mérite que peu de commentaires, dès lors que l'essence de ces engagements est liée aux risques inhérents au temps. Pour les contrats non aléatoires, les politiques législatives et jurisprudentielles s'avèrent très variables. Ainsi en Grèce, l'article 388 C.c. limite l'intervention judiciaire aux seuls contrats synallagmatiques¹¹⁵. En Italie, la jurisprudence a exclu une série de contrats de l'application de l'article 1467 C.c., au rang desquels se trouvent les contrats de location, les contrats qui donnent naissance à un droit de jouissance, les conventions avec obligation de ne pas faire (engagement de non-concurrence par exemple)¹¹⁶. D'une manière générale, on pourrait systématiser cette approche sélective en n'envisageant que les contrats à exécution successive ou différée.

3.2 La nature et la portée économique des événements qui ont contribué au déséquilibre contractuel

D'une manière unanime, les droits qui ont admis la théorie de l'imprévision rejettent la révision judiciaire des contrats qui se trouvent désé-

114. N.-E. TERKI, *loc. cit.*, note 6, 22.

115. J.G. SCHINAS, « Rapport grec », dans R. RODIÈRE (dir.), *op. cit.*, note 2, p. 84.

116. H. COURTOIS, « Rapport italien », dans R. RODIÈRE (dir.), *op. cit.*, note 2, pp. 110-111.

quilibrium par la faute de l'une des parties. Ainsi, une décision du Tribunal fédéral suisse estima que « la restructuration d'une entreprise qui entraîne une augmentation des coûts de production est [...] un fait qui reste à la charge du vendeur¹¹⁷ ».

Paradoxalement, alors qu'il s'agit de la théorie de l'imprévision, le critère de l'imprévisibilité des événements ne permet pas de dégager en droit comparé une solution aussi tranchée que pour l'exigence de non-imputabilité. On notera à cet égard la position de la jurisprudence administrative française qui, malgré l'opinion théorique d'une partie de la doctrine, n'accorde que peu d'intérêt à cette exigence. À titre d'illustration, évoquons un arrêt du Conseil d'État du 10 mars 1948¹¹⁸, qui retient la théorie de l'imprévision pour un contrat dont l'équilibre avait été bouleversé par les hausses salariales conséquentes aux lois sociales de 1936, « alors que ce contrat était postérieur à la promulgation de ces lois et stipulait que le prix forfaitaire établi par lui comprenait toutes les hausses et majorations de prix pouvant provenir de l'application des nouvelles lois sociales¹¹⁹ ». En droit allemand, la discussion ne porte pas sur la prévisibilité des circonstances à l'origine du déséquilibre contractuel, mais sur l'intégration des risques liés à celles-ci aux prévisions des parties. Quant au droit italien, il ne connaît pas de solution uniforme. Les tribunaux appliquent, selon les cas, l'article 1467 C.c., qui consacre la théorie de l'imprévision, ou la théorie de Windscheid de la « présupposition », qui avait été admise dès 1932 par la Cour de cassation. L'article 1467 souligne expressément le caractère imprévisible des événements invoqués. Toutefois, selon la jurisprudence dominante, l'« onérosité excessive » s'applique également dans le cas de circonstances prévisibles qui engendrent « des conséquences ou une intensité imprévisibles¹²⁰ ». En ce qui concerne la théorie de la « présupposition », sa définition exclut *de facto* tout recours à la notion d'imprévisibilité. On se rappellera en effet que, selon la théorie de Windscheid, les circonstances qui ont présidé à la conclusion du contrat doivent rester identiques, à défaut de quoi le contrat peut être résolu¹²¹.

Lorsque le critère de l'imprévisibilité est requis, il présente l'inconvénient d'être excessivement variable dans le temps et dans l'espace. Une revue succincte de la jurisprudence en droit comparé corrobore ce constat. Ainsi en Grèce, les tribunaux ont jugé imprévisibles une augmentation soudaine de la valeur d'un immeuble à la suite de la dévaluation de la

117. Trib. féd. 3 novembre 1921, *A.T.F.* vol. 47, p. 440, cité par D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 89, p. 560.

118. *Hospice de Vienne*, C.E. 10 mars 1948, *A.J.D.A.* 1948, p. 336.7.

119. F. HAUT, « Rapport français », dans R. RODIÈRE (dir.), *op. cit.*, note 2, p. 44.

120. D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 89, p. 427.

121. *Id.*, p. 441.

drachme et de l'indice général des prix, une augmentation très importante du prix des matières premières, un changement de cadre législatif¹²². En Italie, l'inflation et la dévaluation étant un phénomène chronique, la jurisprudence a écarté cette cause de déséquilibre des motifs de révision. Au rang des événements exclus, on trouve également la guerre, les nouveaux impôts, les perturbations climatiques saisonnières¹²³. L'appréciation de l'élément d'imprévisibilité ne peut être que factuelle. Mais il convient de se prémunir contre une admission trop large de la révision contractuelle. La théorie de l'imprévision ne doit pas devenir une sorte d'assurance jurisprudentielle de l'imprévoyance ou de la témérité des parties. À cet égard, la jurisprudence intervenue dans le domaine de la force majeure pourrait constituer un fil conducteur très pertinent.

En ce qui a trait à la portée économique ou financière du déséquilibre contractuel, on peut envisager deux méthodes d'encadrement. La première consiste à fixer une norme quantitative. C'est le cas par exemple de l'article 1664 du *Code civil* italien qui permet la révision lorsque le prix du contrat a subi une augmentation ou une diminution de plus de 10 p. 100 du coût des matériels et de la main-d'œuvre. La seconde confie au juge un pouvoir d'appréciation non réglementé. En droit administratif français, la démarche du juge s'infère de deux considérations : la répercussion des circonstances nouvelles sur l'économie du contrat, mais également sur l'ensemble de l'organisation de l'entreprise¹²⁴. Les droits allemand et grec se réfèrent au déséquilibre des prestations manifestement incompatibles avec la notion de bonne foi et d'usage des affaires¹²⁵. En droit italien, « l'événement survenu doit être évalué en référence aux critères de l'homme normal pris dans le contexte de l'onérosité excessive subséquente dans un sens abstrait, mais en référence à la branche d'activité contestée¹²⁶ ».

La méthode objective s'avère rassurante et permet d'éviter d'incessants débats d'interprétation. Mais elle présente la lacune de n'envisager le contenu obligationnel du contrat que sous ses aspects monétaires. Les aléas du temps ne se conjuguant pas uniquement en termes comptables, il est préférable de mettre en place un système mixte, laissant un large pouvoir d'appréciation aux juges.

3.3 Les pouvoirs d'intervention du juge

La question des pouvoirs d'intervention du juge doit être examinée sous l'angle de la nature de l'intervention et de sa portée.

122. J.G. SCHINAS, *loc. cit.*, note 115, 88.

123. H. COURTOIS, *loc. cit.*, note 116, 109.

124. *Compagnie des chemins de fer d'Enghien*, C.E. 8 novembre 1944, *Rec.*, p. 283.

125. J.G. SCHINAS, *loc. cit.*, note 115, 85 ; R. SPARWASSER, *loc. cit.*, note 2, 130-131.

126. H. COURTOIS, *loc. cit.*, note 116, 109.

3.3.1 La nature de l'intervention

La nature de l'intervention peut être envisagée selon deux hypothèses : la résolution ou l'adaptation du contrat. La résolution a valeur de principe en droit anglais, où le juge ne peut réviser la convention des parties. À l'opposé, on trouve la position du droit administratif français qui, en vertu du principe de continuité du service public, n'autorise que la révision du contrat. La majorité des droits envisagés ont aménagé un système hybride conjuguant les deux possibilités d'intervention. Ce qui diffère d'un système à l'autre, c'est la hiérarchisation de ces hypothèses. L'article 1467 du *Code civil* italien privilégie la résolution du contrat. Toutefois, « la partie à l'encontre de laquelle est demandée la résolution peut l'éviter en offrant de modifier selon l'équité les termes du contrat ». La position du droit allemand est à l'effet inverse : l'adaptation du contrat a la priorité absolue sur la résolution¹²⁷.

Les sentiments à l'égard de l'une ou l'autre des possibilités d'intervention du juge sont mitigés. En favorisant la résolution, on opère une dénaturation de la théorie de l'imprévision qui prend les contours de la force majeure. De plus, cette solution paraît inéquitable pour le créancier qui se voit forcé d'entamer des démarches importantes et souvent onéreuses pour trouver un autre contractant. Il semble préférable de privilégier l'adaptation en offrant au créancier la possibilité de demander la résolution du contrat. Car si l'on soutient qu'il paraît anormal de forcer le débiteur à exécuter un contrat auquel il n'aurait pas consenti s'il avait pu prévoir l'évolution des circonstances, il semble également anormal de forcer la volonté du créancier.

3.3.2 La portée obligationnelle de l'intervention judiciaire

Tant que l'intervention du juge n'a que peu d'incidence monétaire, le problème demeure relativement simple. C'est le cas notamment lorsqu'il s'agit d'accorder des délais d'exécution. La question devient plus délicate s'il faut réviser les conditions financières du contrat. Le juge doit-il rétablir l'équilibre initial ou se contenter d'amenuiser les effets de l'imprévision ? Selon la doctrine majoritaire, les tribunaux doivent rééquilibrer mais non compenser¹²⁸. Cette opinion paraît logique dans la mesure où l'on peut estimer que chaque partie en s'engageant accepte certains risques. La révision doit effacer le déséquilibre manifestement déraisonnable et laisser subsister les charges inhérentes aux aléas prévisibles.

127. R. SPARWASSER, *loc. cit.*, note 2, 132.

128. J.G. SCHINAS, *loc. cit.*, note 115, 87.

En Allemagne, dans un arrêt du 23 octobre 1951, la Cour suprême énonce les principes qui doivent gouverner la révision judiciaire des contrats¹²⁹. La décision insiste sur l'équité qui doit guider l'intervention des juges. Elle précise que « les limites du pouvoir de révision conféré au juge seront dépassées là seulement où les modifications devront être apportées à la substance et à la portée du contrat, seraient de nature à faire perdre à la prestation due son identité ou rendre celle-ci *unzumutbar* pour le débiteur¹³⁰ ». En pratique, il s'avère que les tribunaux ont tendance à partager pour moitié les charges résultant du changement de circonstances¹³¹.

En Italie, l'article 1467 C.c. insiste sur le caractère équitable de la révision. L'analyse de la pratique jurisprudentielle de l'« onérosité excessive » permet de constater qu'en règle générale le juge tend à rétablir l'équilibre contractuel initial, en tenant compte des risques assumés par les parties au moment de la conclusion de la convention¹³². Cette notion de risque demeurant à la charge du débiteur se retrouve également en droit suisse¹³³. On pourrait objecter que ce pouvoir d'appréciation confère à l'ensemble de la procédure un caractère très subjectif. À défaut de disposer d'éléments empiriques permettant d'écarter ou de nuancer cette conclusion, nous ne pouvons que soulever les avantages d'une telle approche. Elle présente l'intérêt de sauvegarder la philosophie générale de la théorie de l'imprévision, qui ne devrait pas prendre les contours d'une théorie de l'imprévoyance.

Conclusion

Le temps a parfois des effets surprenants. Ce qui était vertu dans le passé devient vice dans le présent. Triste sort que celui que connaît l'adage *pacta sunt servanda*. Après trois siècles de règne sur le droit des obligations, période durant laquelle sa seule évocation intimidait et engendrait le respect, le principe de la force obligatoire des contrats a subi les contrecoups de l'instabilité du xx^e siècle. Jadis florissant, il apparaît aujourd'hui comme l'érable après les premières bourrasques de l'automne. Malgré ce « défraîchissement », certains droits, certes de moins en moins nombreux, s'accrochent avec vigueur à ce dogme hérité d'un passé incertain. La réaction paraît intuitive. La force historique du droit civil semble encore assez vigoureuse pour soutenir la résistance aux courants novateurs pour les uns, déviants pour les autres. Durant la première moitié du

129. BGH, 23 octobre 1951, *J.Z.* 1952, p. 245, cité par D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 89, p. 295.

130. D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 89, p. 295.

131. *Id.*, p. 296.

132. *Id.*, p. 439.

133. *Id.*, p. 567.

xx^e siècle, le rejet de la théorie de l'imprévision paraissait encore défendable. Le premier conflit mondial devait être le dernier. On annonçait une grande ère de stabilité et de prospérité économique. Les voix conformistes et bien pensantes se trouvaient confortées dans leur opinion que le droit se devait de résister aux mouvements d'opinion trop ponctuels. L'histoire contemporaine s'avéra moins paisible. La Grande Guerre ne fut pas la dernière. Les institutions économiques les plus stables ont sombré dans la tourmente des années 1930. Le franc, la livre, le dollar et bien d'autres monnaies ont connu diverses fortunes, généralement peu enviables. L'instabilité économique est devenue chronique. Dans ce contexte, le contrat ne peut être perçu comme un instrument, évoluant dans une sphère aseptisée des considérations évoquées. Comme le bateau trop rigide cassera dans la tempête, le contrat « trop obligatoire » sombrera aux moindres changements de circonstances. Avec le dogme de la force obligatoire des contrats disparaît un des principaux arguments condamnant la révision judiciaire des contrats.

La construction juridique de la théorie de l'imprévision n'est pas strictement artificielle. Mais qu'il s'agisse du recours à la notion de bonne foi, de cause, de force majeure ou encore à la clause implicite d'imprévision, force est de constater qu'à travers ces moyens on tente de réinstaurer une certaine éthique contractuelle avec pour toile de fond le respect de l'équité. L'admission de cette théorie permet également de réintégrer le contrat dans son environnement fonctionnel, qui n'est pas exclusivement juridique. Il ne s'agit pas pour autant de conférer un blanc-seing aux tribunaux. Une étude sommaire des législations qui ont reçu la théorie de l'imprévision permet de constater qu'un encadrement raisonné mais ferme de la révision judiciaire écarte la menace tant invoquée de l'arbitraire des juges.

Enfin, on pourrait objecter que les parties en vertu de leur autonomie contractuelle pourraient aménager des mécanismes d'adaptation *ad hoc*. L'argument ne manque pas de pertinence. Mais c'est présumer une présence d'esprit que n'a pas nécessairement le profane. De plus, dans bien des cas, la mise en œuvre de ces clauses s'avère particulièrement délicate.