

La révision du contrat en droit québécois

Didier Lluelles

Volume 36, Number 1, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027101ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027101ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lluelles, D. (2006). La révision du contrat en droit québécois. *Revue générale de droit*, 36(1), 25–67. <https://doi.org/10.7202/1027101ar>

Article abstract

This paper aims to expose the state of the present Québec Law on the principle of immutability of contracts. After having studied the principle itself, the paper sketches the contractual variance possibilities, either by agreement during the contract, or by a unilateral change, authorized by the contract itself. The paper then studies the question of the judiciary revision of a contract in case of unforeseen events which seriously jeopardizes the economic equilibrium of the contract. After having recalled the reject of the so-called *Sic rebus stantibus* theory, the paper exposes the main technical conventional remedies to the problem and concludes by the possibility of using the notion of Good Faith in order to smoothe somehow the rigidity of the Rule.

La révision du contrat en droit québécois*

DIDIER LUELLES

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

RÉSUMÉ

Le présent article vise à présenter l'état du droit positif relatif à l'intangibilité du contrat. Après un rappel du principe, l'étude envisage la modification par voie conventionnelle soit par une modification en cours de route, soit par une décision unilatérale autorisée par le contrat. L'article étudie ensuite la problématique de la théorie de l'imprévision, en rappelant l'apparent rejet de la théorie Sic rebus stantibus, en envisageant les clauses de revalorisation et en évoquant la possibilité de recourir au devoir de bonne foi dans une perspective d'éventuel assouplissement du principe.

ABSTRACT

This paper aims to expose the state of the present Québec Law on the principle of immutability of contracts. After having studied the principle itself, the paper sketches the contractual variance possibilities, either by agreement during the contract, or by a unilateral change, authorized by the contract itself. The paper then studies the question of the judiciary revision of a contract in case of unforeseen events which seriously jeopardizes the economic equilibrium of the contract. After having recalled the reject of the so-called Sic rebus stantibus theory, the paper exposes the main

* Le présent texte s'inspire d'un chapitre du volume 2 du *Droit québécois des obligations*, destiné aux Éditions Thémis, et présentement en cours de rédaction, avec notre collègue, le professeur Benoît Moore. La recherche est à jour au 30 novembre 2004.

technical conventional remedies to the problem and concludes by the possibility of using the notion of Good Faith in order to smoothe somehow the rigidity of the Rule.

SOMMAIRE

Introduction.....	27
Section 1 — Le contenu s'impose d'abord aux contractants : l'impossible modification unilatérale du contrat	27
Sous-section 1 — La modification ne peut être unilatéralement imposée à l'autre contractant.....	27
Sous-section 2 — La modification résultant de l'accord des contractants	29
Paragraphe 1 — La formation de l'entente de modification.	30
Paragraphe 2 — La nature de l'entente de modification	34
Sous-section 3 — La modification unilatérale autorisée par le contrat	35
Paragraphe 1 — La validité de principe de la clause de modification unilatérale.....	36
Paragraphe 2 — La nécessaire détermination de la modification unilatérale	37
Paragraphe 3 — Le nécessaire respect de l'équilibre contractuel dans le cas des contrats de consommation et des contrats d'adhésion	39
Paragraphe 4 — L'exercice de la clause de modification unilatérale et les impératifs de la bonne foi.....	42
Section 2 — Le contenu s'impose aussi au juge : l'impossible modification judiciaire du contrat, en dépit d'un changement des circonstances	43
Sous-section 1 — Le rejet de principe de la théorie de l'imprévision	44
Sous-section 2 — La révision judiciaire autorisée par le contrat lui-même	51
Paragraphe 1 — La clause de revalorisation fixe	52
Paragraphe 2 — La clause de <i>hardship</i>	53

Paragraphe 3 — La clause d'indexation	56
<i>Sous-paragraphe 1 — La légalité de la clause d'indexation</i>	58
<i>Sous-paragraphe 2 — L'efficacité de la clause d'indexation</i>	61
Conclusion — Le rejet de la théorie de l'imprévision : bilan et perspectives	64

INTRODUCTION

1. Le caractère obligatoire du contrat suppose que chaque contractant respecte son contenu. Cela signifie d'abord qu'aucun d'eux ne peut, unilatéralement, modifier ce contenu (section 1). Cela implique, en outre, que les juges ne peuvent, sauf habilitation législative ou conventionnelle, procéder à une réécriture de ce contenu (section 2).

SECTION 1 — LE CONTENU S'IMPOSE D'ABORD AUX CONTRACTANTS : L'IMPOSSIBLE MODIFICATION UNILATÉRALE DU CONTRAT

2. L'immutabilité — ou l'intangibilité — du contenu du contrat est le principe (sous-section 1)¹. Les parties peuvent assurément déroger à cette règle d'un commun accord (sous-section 2). La possibilité qu'une clause octroie le droit de modifier le contrat à l'un des contractants est cependant plus aléatoire (sous-section 3).

SOUS-SECTION 1 — LA MODIFICATION NE PEUT ÊTRE UNILATÉRALEMENT IMPOSÉE À L'AUTRE CONTRACTANT

3. L'article 1439 ne se contente pas de prohiber la résiliation unilatérale du contrat. Il interdit également à toute partie d'imposer à son cocontractant la modification de son

1. G. RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publication du Québec, 1993, p. 873.

contenu². Comme pour la résiliation du contrat, la modification du contenu contractuel suppose l'accord des parties³ ou l'intervention du législateur⁴. La prohibition de la modification unilatérale vise non seulement le contractant, mais aussi ses ayants cause⁵.

4. La modification unilatérale est, en principe, un acte juridique illégal et, partant, inefficace au plan du droit. Le vendeur qui augmente le prix de vente, sans consulter l'acheteur, n'a pas le droit de retenir la marchandise vendue si l'acheteur refuse de payer le prix ainsi augmenté. Si l'acheteur a dû se procurer ailleurs, et plus cher, un autre bien, le vendeur, dont la modification unilatérale constituait une faute contractuelle, lui devra des dommages-intérêts⁶. En fait, et malgré les apparences, ce n'est pas l'acheteur qui a refusé d'exécuter le contrat, mais bien le vendeur, en modifiant unilatéralement un de ses éléments essentiels⁷. Le cas échéant, la modification unilatérale peut justifier l'émission d'une injonction⁸.

5. La modification unilatérale peut aussi équivaloir à une résiliation déguisée de la convention. Ainsi, advenant qu'un salarié refuse une modification importante des conditions essentielles de son contrat de travail et quitte son emploi, sa « démission » n'est qu'une conséquence du congédiement que

2. Ce que ne prévoyait pas expressément le troisième alinéa de l'article 1022 C.c.B.C., qui ne se préoccupait que du caractère irrévocable des conventions. Mais le principe de l'immutabilité des contrats était sous-entendu et fermement enraciné dans notre droit civil : cf. G. RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 873; J.-L. BAUDOIN, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, n^o 422, p. 243.

3. Cf. *Intérieurs Casa Ltée c. Gerling Globale compagnie d'assurances générales*, REJB 2004-53229 (C.A.); *Vanier c. Ville de Montréal*, J.E. 2004-1223, par. 24 (C.A.) (J. Dussault); B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, n^o 189, p. 111.

4. Sur l'ensemble de la problématique, voir : P.-G. JOBIN, « La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec : un rendez-vous tumultueux », dans *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 417, aux pages 434-437.

5. *Éthier c. Dufault*, REJB 2002-36003 (C.Q.) : la modification unilatérale d'un contrat de « location gratuite » par l'héritière du propriétaire est inopposable au cocontractant qui n'y a pas consenti.

6. *Lambert c. Jean Fréchette Ltée*, J.E. 91-536 (C.Q.).

7. Le vendeur ne pourrait donc utilement invoquer l'exception d'inexécution de l'article 1591 pour justifier son refus d'exécution.

8. *Plage du lac St-Joseph Inc. c. Domaine de la Rivière-aux-Pins Inc.*, J.E. 2004-386 (C.A.).

constitue en fait sa rétrogradation ou la baisse significative de son salaire. En réalité, ce n'est pas le salarié démissionnaire qui se trouve à avoir résilié le contrat, mais bien l'employeur qui, dans les faits, a mis un terme au contrat tel qu'il a été convenu⁹.

SOUS-SECTION 2 — LA MODIFICATION RÉSULTANT DE L'ACCORD DES CONTRACTANTS

6. La modification du contenu d'un contrat peut incontestablement se faire d'un commun accord. Elle peut porter sur un ou plusieurs éléments, étant entendu qu'en principe, les éléments non touchés ne sont pas affectés par la modification¹⁰. La convention de modification, appelée parfois « avenant »¹¹, est un véritable contrat (art. 1433, al. 1^{er}). Nous allons successivement en étudier la formation (paragraphe 1) et la nature (paragraphe 2).

9. Si le contrat était à durée indéterminée, l'employeur aurait donc dû donner au salarié un avis de congé raisonnable, compte tenu de l'article 2091. Si le contrat était à durée déterminée, cette résiliation déguisée serait forcément illicite, sauf l'hypothèse d'une faute grave de la part du salarié justifiant une « démotion », par exemple. Sur l'ensemble de la question, voir : *Farber c. Royal Trust Co.*, [1997] 1 R.C.S. 846, 858 (j. Gonthier) : « Lorsqu'un employeur décide unilatéralement de modifier de façon substantielle les conditions essentielles du contrat de travail de son employé et que celui-ci n'accepte pas ces modifications et quitte son emploi, son départ constitue non pas une démission, mais un congédiement. Vu l'absence de congédiement formel de la part de l'employeur, on qualifie cette situation de "congédiement déguisé" »; voir aussi : *Desrochers c. Lalonde*, J.E. 2002-391 (C.S.); *Leduc c. Scierie Ced-or Inc.*, J.E. 2002-809, par. 16 (C.S.); *Drolet c. Charron*, [2003] R.J.Q. 2947, par. 78, 79 et 122 (C.S.); *Dufresne c. Lemire Inc.*, J.E. 2004-420 (C.S.). Sur la problématique du congédiement déguisé, on pourra consulter : R.P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, n^o 136, p. 97; n^o 164, p. 119; F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, *Le droit de l'emploi au Québec*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, n^o II-180, p. 415; n^o V-20, p. 1214.

10. Cf. 9021-6631 *Québec Inc. c. Souris Mini Inc.*, J.E. 98-1893 (C.S.).

11. Bien que l'avenant puisse désigner l'acte modificatif lui-même (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 95, V^o *Avenant*, acception n^o 1) — on évoque alors la *convention de modification* (cf. A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, n^o 296, p. 199) — l'avenant est le plus souvent le support matériel d'une entente de modification, son *instrumentum* (cf. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 95, V^o *Avenant*, acception n^o 2), et non l'acte de modification lui-même; telle est l'approche du *Code civil du Québec*, au chapitre des contrats d'assurance : cf. art. 2405, al. 1^{er} : « En matière d'assurance terrestre, les modifications que les parties apportent au contrat sont constatées par un avenant à la police ».

Paragraphe 1 — La formation de l'entente de modification

7. Comme tout contrat, la modification conventionnelle est assujettie aux règles de fond et de forme régissant les contrats¹². Ainsi, la modification doit reposer sur un consentement dont l'échange a incontestablement eu lieu et qui répond aux qualités de liberté et d'intelligence. Les parties doivent être capables, et la modification ne doit pas avoir un objet ou une cause qui choque l'ordre public. La convention de modification est également soumise aux règles de l'interprétation¹³.

8. Au chapitre de la réalité de l'entente modificative, les règles ordinaires de l'offre et de l'acceptation s'appliquent tout naturellement. Ainsi, à une offre de modification, explicite ou implicite, doit répondre une acceptation manifeste¹⁴. Le comportement des parties pourrait même, à lui seul, fonder une modification du contrat¹⁵, pourvu évidemment qu'il ne s'agisse pas du comportement d'une seule d'entre elles¹⁶. Ce comportement « convergent » des parties¹⁷ doit

12. A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, n° 296, p. 199; B. STARCK, *Les obligations*, t. 2 « Contrat », 6^e éd., par H. ROLAND, L. BOYER, Paris, Litec, 1998, n° 47, p. 190.

13. Voir, entre autres exemples : *Université du Québec à Montréal c. Continental Assurance Co.*, [1977] C.S. 962; *Soprema Inc. c. La Gerling Globale, compagnie d'assurances générales*, [2002] R.R.A. 361 (C.S.) (en appel).

14. Le silence du destinataire de la proposition de modification ne saurait donc suffire. Toutefois, « comme les parties sont déjà en relations », d'aucuns prétendent qu'on « admettra plus facilement que le silence de l'une sur l'offre de modification présentée par l'autre puisse valoir consentement tacite (Par exemple l'art. L. 112-2, al. 5 du Code des assurances répute acceptée par l'assureur toute demande de modification non repoussée dans les dix jours) » (A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, n° 296, p.199). Cette solution est difficile de transposition au Québec, tant en droit des assurances (qui ne connaît pas d'équivalent de la disposition citée par cet auteur) qu'en droit des obligations. Cependant, l'article 1394 du *Code civil du Québec* reconnaît que des circonstances particulières peuvent légitimer le silence (songeons à la modification qui serait à l'avantage exclusif du contractant qui l'allègue). Le fait que les parties soient déjà en relation d'affaires — en soi, insuffisant — pourrait donc, joint à d'autres facteurs, plaider pour la vraisemblance d'une acceptation fondée sur le silence.

15. Sur la modification conventionnelle s'inférant du comportement des parties, voir : B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, n° 188-198, p. 111-115.

16. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, n° 189, p. 111.

17. L'expression est de B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, n° 189, p. 111.

toutefois induire une modification durable du contrat, et non une simple tolérance exceptionnelle et provisoire¹⁸. En effet, la tolérance ne fonde pas nécessairement une véritable modification du contrat, laquelle implique nécessairement qu'elle soit durable, comme le contrat lui-même¹⁹. Le comportement des parties doit, au demeurant, être dépourvu d'équivoque, surtout si la modification en jeu est « substantielle »²⁰. Ce sont, finalement, les juges du fond qui devront faire le départ entre la tolérance et la véritable modification, compte tenu de la probable intention des contractants, à la lumière des circonstances de l'espèce²¹.

9. La modification bilatérale est-elle soumise à des contraintes de forme? Si elle vise un contrat consensuel, il va de soi qu'elle est elle-même consensuelle. La modification d'un bail commercial est autant consensuelle que le bail lui-même. Cette solution découle du principe selon lequel le consensualisme est la règle (art. 1385, al. 1^{er})²². Mais, si la

18. Sur la frontière séparant la modification implicite de la tolérance, voir : *Terrasses Greenfield Canada Inc. c. Hughes*, J.E. 2002-16, par. 11 et 12 (C.Q.). Sur le phénomène de tolérance et ses conséquences en droit civil, voir : P.-G. HAJ-CHAHINE, *L'acte de tolérance en droit civil. Contribution à l'étude des actes dans le droit des biens et à la théorie de la volonté modératrice de droit*, thèse, Université de droit de Paris II, 1992.

19. Cf. Com., 29 juin 1993, *R.J.D.A.* 1994, n° 63 (cité dans : B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, n° 461, p. 246, à la note 1063). Voir, à cet égard, les passages lumineux de B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, n° 461, p. 246 : « On voit bien que la tolérance, parce qu'elle n'est pas à l'origine une attitude juridique, n'est pas directement signifiante. Le temps doit venir à son secours pour qu'elle puisse être rattachée à une volonté contractuelle ». Advenant même qu'une tolérance ne puisse induire une véritable modification contractuelle durable, la création d'une attente chez le cocontractant pourrait s'analyser en un manquement aux exigences de la bonne foi; P. JESTAZ, « Les rapports privés comme source du droit privé », dans N. KASIRER, P. NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 13, à la page 34; *Martel c. Société Mutuelle d'assurance générale du Lac St-Jean*, [1998] R.R.A. 138, 145 (C.S.).

20. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, n° 196, p. 114.

21. Cf. P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 8^e éd., Paris, Litec, 2003, n° 416, p. 290.

22. Toutefois, certains tempéraments sont à noter. Ainsi, même si l'assurance est un contrat consensuel (cf. art. 2398 et 2399, al. 1^{er}), les modifications favorables à l'assureur ne sont opposables que si le preneur y a consenti par écrit (art. 2405, al. 2) : une signature est donc nécessaire, soit à même l'avenant, soit sur un document distinct. Là-dessus, voir : J.-G. BERGERON (avec la collaboration de N. Rayneault),

modification porte sur un contrat soumis à une exigence de forme, la modification est soumise à cette même exigence, pour autant que cette modification ne constitue pas une stipulation accessoire (art. 1414)²³. Ainsi, l'augmentation du prix d'un bien vendu par un commerçant itinérant ne peut être opposée au consommateur qui y a pourtant verbalement consenti : ce type de contrat étant lui-même assujéti à la forme écrite (art. 58 L.p.c.), il en va de même pour sa modification²⁴ — abstraction faite, au demeurant, du droit de la preuve²⁵. Au-delà même du relatif parallélisme des formes de l'article 1414, il faut compter avec la volonté des parties de soumettre toute modification à certaines exigences (cf. art. 1385, al. 1^{er})²⁶. Il peut aussi arriver qu'une modification contractuelle, sans être formaliste, ne soit pas pour autant consensualiste²⁷. Enfin, contrairement au droit

Précis de droit des assurances, Sherbrooke, Éditions Revue de droit, 1996, p. 53 et 54; D. LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 94-96. Cette mesure vise à s'assurer du consentement du preneur à une modification qui le désavantage ou avantage l'assureur. C'est pourquoi elle ne vise nullement la modification qui est exclusivement favorable au preneur : si l'assureur, au téléphone, consent à accorder la valeur à neuf, sans contrepartie additionnelle, cet « avenant verbal » peut être efficace, sous réserve des contraintes de l'administration de la preuve.

23. Cf. G. RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 858 et 859.

24. Cf. A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, n^o 296, p. 200; cf. Civ. 1^e, 10 oct. 1995, *Bull. civ. I*, n^o 360.

25. En effet, même si la preuve testimoniale de cette modification est admissible (le montant en litige est inférieur à 1 500 \$ ou encore un commencement de preuve était cette entente), cette convention étant nulle, elle est dépourvue de toute efficacité. Cependant, cette nullité étant relative, le consommateur pourrait renoncer à l'invoquer (art. 1423).

26. Sur les clauses imposant la forme écrite à toute modification ultérieure du contrat, voir : H. MUIR WATT, « Analyse économique et perspective solidariste », dans C. JAMIN, D. MAZEAUD, *La nouvelle crise du contrat*, Collection Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2003, p. 183, aux pages 190-195 (à propos de la clause *No oral modification* de la common law).

27. Tel sera le cas de la convention de *dation en paiement*, « par laquelle un débiteur transfère la propriété d'un bien à son créancier qui accepte de la recevoir à la place et en paiement d'une somme d'argent ou de quelque autre bien qui lui est dû » (art. 1799) : en effet, « la dation en paiement n'est parfaite que par la délivrance du bien » (art. 1800, al. 2). Cette convention modifiant le mode de paiement appartient donc à la famille des contrats du type « réaliste », comme le prêt ou le dépôt.

de la common law, aucune autre contrainte ne pèse sur la convention de modification²⁸, sous réserve des règles de preuve.

10. Advenant même que la convention de modification échappe aux contraintes du formalisme, elle est tout de même soumise à celles du droit de la preuve²⁹. Une modification verbale, certes légale en principe, *risque* de ne pouvoir être prouvée. En effet, la modification d'un contrat est en soi un acte juridique — une convention — soumis, du moins quant aux parties contractantes, aux règles générales de preuve de l'article 2862. Le cas échéant, la preuve testimoniale peut donc être inadmissible³⁰. La modification verbale d'un contrat peut être reçue en preuve si les conditions de l'article 2862 se trouvent réunies, même si le contrat lui-même était conclu par écrit. Il faudrait, cependant, veiller à ce qu'il s'agisse d'une preuve tendant à établir qu'un contrat écrit a été, ultérieurement, modifié verbalement³¹. Si la modification verbale était, à toutes fins utiles, contemporaine de la conclusion

28. Sur les particularités de la common law en matière de modification bilatérale, exigeant que la modification d'un contrat repose sur une *consideration* (même si une *consideration* justifiait l'engagement du contrat de base), on consultera : J.A. WEIR, « Droit des contrats », dans J.A. JOLOWWICZ (dir.), *Droit anglais*, 2^e éd., Collection Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 1992, n^o 176, p. 127 : « Aucune modification unilatérale des obligations n'est permise. Mais qu'en est-il d'une modification consentie? Est-elle définitive? Si le créancier renonce à ses droits, en principe sa renonciation ne le lie pas, étant sans contrepartie, donc gratuite. Mais si, en principe, les droits auxquels on a renoncé restent en vigueur, l'*equity* ne permet pas qu'on les invoque abusivement, et il est abusif ou *unfair* d'invoquer d'une façon inattendue et préjudiciable un droit auquel on a librement et définitivement renoncé. Le développement rapide et récent de cette théorie (*equitable estoppel, waiver*) provient d'une décision de Lord Denning (*Central London Property Trust v. High Trees House* [1947] K.B. 130) ». Cf., en droit américain, U.C.C. § 2-209 et § 2A-208; Restatement (2d) *On Contracts* § 89; R.A. HILLMAN, « Contract Modification Under the Restatement (Second) of Contracts », (1982) 67 *Cornell L. Rev.* 680.

29. Cf. A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, n^o 296, p. 200.

30. Si la modification est opposée à une personne exploitant une entreprise, dans le cadre de laquelle elle est intervenue, alors la preuve testimoniale de la modification est acceptable, en l'absence même du commencement de preuve dont il est question à l'article 2863 (art. 2862, al. 2). Mais si la modification est opposée à une personne qui n'exploite pas une entreprise et si l'enjeu du litige dépasse 1 500 \$, alors sa preuve testimoniale est contestable (art. 2862, al. 1^{er}), à moins d'être étayée par un commencement de preuve (art. 2862, al. 2). Là-dessus, voir : *Développement Métro-Montréal Canada Corp. c. 9027-1586 Québec Inc.*, J.E. 2002-1782 (C.S.).

31. *Continental Insurance Co. c. Hodak*, [1978] C.A. 336; voir, a contrario, *l'obiter dictum* dans *Carrefour Langelier c. Woolworth Inc.*, J.E. 2002-368 (C.A.).

même du contrat, sa preuve risquerait de heurter la règle prohibant le témoignage contredisant un écrit (art. 2863).

Paragraphe 2 — La nature de l'entente de modification

11. La modification conventionnelle est-elle de la nature d'un nouveau contrat? La solution peut être capitale dans certains cas. Songeons à la computation du délai de deux ans des articles 2424 et 2441, en assurance de personnes, qui risque de repartir à zéro si la modification de la police équivaut à un nouveau contrat³². D'emblée écartons un critère, trop formel pour être déterminant : le fait que les éléments de modification ont été fondus dans un nouveau document contractuel les intégrant à l'ancien ne permet pas, à lui seul, de conclure à la présence d'un nouveau contrat (songeons à la signature d'un nouveau bail ou à l'émission d'une nouvelle police)³³. Par contre, si la modification transforme l'objet même du contrat au point d'en altérer la qualification, nul doute qu'il s'agit d'un nouveau contrat. Tel sera le cas du prêt d'un bien non consommable, devenu payant en cours de route par une décision des parties : la modification a donné naissance à une location, le prêt à usage étant, par essence, un contrat à titre gratuit (art. 2313)³⁴. Entre ces deux pôles extrêmes, il y a place pour la mesure. Si la modification n'altère pas la nature du contrat, les juges vont se prononcer en fonction du caractère essentiel ou accessoire de l'élément modifié³⁵. Il faudrait se garder de conclure que la modification de tout « élément essentiel », aux fins de la définition de l'offre (cf. art. 1388), va automatiquement entraîner une qualification de *nouveau contrat*. D'autres éléments d'appréciation,

32. Cf. *Syndic de Chablis Textiles c. London Life Insurance*, [1996] 1 R.C.S. 160, 180 et 182 (j. Gonthier).

33. *Syndic de Chablis Textiles c. London Life Insurance*, [1996] 1 R.C.S. 160, 181 et 182 (j. Gonthier).

34. A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, n^o 297, p. 200.

35. A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, n^o 296, p. 200 et 201; B. STARCK, *Les obligations*, t. 2 « Contrat », 6^e éd., par H. ROLAND, L. BOYER, Paris, Litec, 1998, n^o 47, p. 190.

notamment l'intention probable des contractants³⁶, peuvent peser dans la balance³⁷. S'il ne s'agit que d'un changement technique (comme la modification des modalités de remboursement), la tendance est de conclure à l'identité de contrat, à défaut d'indices d'une volonté contraire des parties³⁸.

SOUS-SECTION 3 — LA MODIFICATION UNILATÉRALE AUTORISÉE PAR LE CONTRAT

12. En autorisant des modifications au contenu contractuel émanant de « l'accord des parties », l'article 1439 fait-il appel uniquement à la volonté des deux parties, conjointement exprimée en cours de contrat? Ou permet-il aussi à ces dernières de prévoir, dès le départ (ou à la faveur d'un avenant), la possibilité d'une modification ultérieure à l'initiative d'un seul des contractants³⁹? La solution prévue pour la durée du

36. A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, n^o 296, p. 200 et 201.

37. Ainsi, la modification, même substantielle (passant du simple au double), d'une prime d'assurance-vie n'a pas été jugée pertinente par la Cour suprême pour conclure à un nouveau contrat : *Syndic de Chablis Textiles c. London Life Insurance*, [1996] 1 R.C.S. 160, 180 et 182 (j. Gonthier). Le juge recourt à des arguments techniques pour justifier sa qualification : les parties avaient à leur disposition deux formulaires, l'un dans le cas où elles voulaient une simple modification, l'autre où elles désiraient un nouveau contrat; seul le premier a été rempli. Bref, l'intention des parties est, dit-on, déterminante. Mais n'était-ce pas, en ce cas, une vue de l'esprit? Là-dessus, voir : B. AMYOT, « Combien deux années peuvent-elles durer? », Service de la Formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit des assurances* (1996), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 83, aux pages 90-94; voir aussi : D. LLUELLES, C. DUBREUIL, *Droit des assurances : arrêts et textes normatifs*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 278.

38. *Lalonde c. Sun Life, compagnie d'assurance-vie*, [1992] 3 R.C.S. 261, 284 et 285 (j. Gonthier) : « Pour qu'un changement de modalité puisse opérer novation, il doit y avoir intention tacite ou expresse à cet effet et un changement de l'objet ou de la cause du contrat. Or, en l'espèce, l'obligation de l'assureur de payer une indemnité en cas de décès demeurerait la même, ainsi que l'obligation correspondante de payer les primes d'assurance-vie. Bref, il s'agissait toujours du même contrat d'assurance-vie. De plus, on ne peut y voir une intention des parties de novation car il n'y a aucune preuve à cet effet »; voir aussi : *Peters c. Stoneview Corp.*, C.A. Montréal, n^o 500-09-00961-763, 14 novembre 1978; Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, *Bull. civ. I*, n^o 345.

39. Pour un approfondissement de la délicate problématique de la modification unilatérale, on pourra consulter : H. LÉCUYER, « La modification unilatérale du contrat », dans C. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Ecomomica, 1999, p. 47-59.

contrat, admettant la validité de principe de la clause de révocation unilatérale, est-elle transposable sur le terrain du contenu contractuel? Si la transposition se conçoit de prime abord (paragraphe 1), elle doit tenir compte des données propres à la modification du contenu. Il importe, en effet, que la clause n'octroie pas à son titulaire une marge de manœuvre illimitée, rendant incertain le contenu même des obligations assumées (paragraphe 2). Ensuite, advenant même que la modification soit déterminable, elle ne doit pas programmer un déséquilibre abusif, au préjudice des contractants vulnérables (paragraphe 3). Enfin, en tout état de cause, la modification doit s'exercer selon les canons de la bonne foi (paragraphe 4).

Paragraphe 1 — La validité de principe de la clause de modification unilatérale

13. L'autonomie de la volonté confère à la clause de modification unilatérale une légitimité de principe. Les parties devraient être autant souveraines pour se lier sur la base d'un contenu obligationnel que pour décider, à l'avance, que l'une d'elles pourra, de son propre chef, modifier par la suite le contenu du contrat (cf. art. 1434)⁴⁰, hormis de rares exceptions législatives⁴¹. La jurisprudence va dans le sens de la légalité du procédé⁴². Le principe transparaît même dans les cas où l'on refuse de donner effet à une modification unilatérale, soit parce qu'elle ne repose pas sur une clause à

40. Cf. A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, n^o 296 et 297, p. 199 : « Le contrat initial peut lui-même organiser cette modification ultérieure à l'initiative d'une seule partie (Paris 5 décembre 1997, D. 1998.I.R.18) ».

41. Ainsi, l'article 65.1(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), c. B-3, prohibe toute modification (ainsi que toute résiliation) d'un contrat d'assurance, qui aurait pour cause l'insolvabilité d'un assuré ou le dépôt par celui-ci d'un avis d'intention ou d'une proposition soumise sous l'empire de cette loi; cf. *Coopérative Forestière Laterrière (Avis d'intention)*, REJB 2003-45276 (C.S.); voir aussi les articles 21 (cf. art. 20) et 442 (cf. art. 441) de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, L.R.Q., c. D-9.2.

42. Cf. *Location de voitures compactes (Québec) Ltée c. Moise*, J.E. 97-1467 (C.Q.) : le bailleur d'un centre commercial se voit clairement reconnaître le droit de modifier unilatéralement le régime contractuel par un « règlement » privé, préalablement autorisé par une clause du contrat.

cet effet⁴³, soit parce que la clause l'autorisant a fait l'objet d'une application erronée⁴⁴ ou contraire aux exigences de la bonne foi⁴⁵.

Paragraphe 2 — La nécessaire détermination de la modification unilatérale

14. Le droit général des contrats soumet l'efficacité de la clause de modification unilatérale à une condition que ne connaît pas la clause de révocation unilatérale : le caractère déterminable de son objet. L'article 1373, al. 2 exige, en effet, que la prestation soit « possible et *déterminée ou déterminable* ». Cette exigence ne semble pas cantonnée à la formation même du contrat : certes, une prestation doit, dès la rencontre des volontés, être déterminée ou tout au moins déterminable en fonction de « critères *prédéterminés et objectifs* »⁴⁶, mais il semblerait qu'elle continue de devoir l'être par la suite⁴⁷.

43. Cf. *Restaurant E.S.R. Inc. c. Restaurants Prime du Québec Inc.*, J.E. 2003-930, par. 3 (C.A.), où la Cour rejette la hausse d'un taux des contributions au fonds de publicité d'une franchise, imposée par le franchiseur, pour la raison que « le contrat n'autorisait pas [le franchiseur] à faire unilatéralement passer de 3 % à 4 % le taux des contributions ». En se contentant de fonder son rejet de la hausse de la contribution du franchisé sur l'absence de clause la légitimant, et non sur une condamnation de principe des modifications unilatérales, la haute juridiction ne se trouve-t-elle pas à sous-entendre la légalité de semblable clause?

44. Cf. *Xéquipe Inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, REJB 2001-26233 (C.S.) : la clause d'un contrat mixte de location et d'entretien de photocopieuses autorisant le locataire, la Communauté urbaine de Montréal, à « en tout temps durant la durée du contrat et sans invalider ce dernier, réduire ou augmenter, sur simple avis de dix [...] jours, le nombre d'appareils en usage dans ses bâtisses » n'a pu produire d'effets dans les circonstances, car le bénéficiaire de la clause avait, non pas diminué le nombre des appareils loués par son cocontractant, mais avait remplacé ces derniers par ceux d'une autre entreprise, ce que la clause n'autorisait en aucune façon. Voir aussi : *Entreprise Sanitaire F.A. Ltée c. Cité de Dorval*, J.E. 2001-2167, REJB 2001-27776 (C.S.).

45. Cf. *Meunerie Dalphond & Fils c. Ville de Joliette*, J.E. 97-450, par. 6-13 (C.S.) : la Cour refuse la hausse unilatérale du tarif d'électricité décrétée par la municipalité gestionnaire du réseau, non pas à cause de l'illégalité de la clause de modification unilatérale contenue au contrat, mais bien parce que l'avis d'augmentation était un simple encart inséré dans un journal régional, encart au contenu fort laconique : cette mesure d'information était insuffisante aux yeux du juge Tellier.

46. J. PINEAU, D. BURMAN, S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^o 130, p. 274.

47. Cf. J. PINEAU, D. BURMAN, S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^o 130, p. 275.

15. Par cette exigence commune à tous les contrats, y compris aux contrats conclus de gré à gré, le droit des obligations veut éviter que l'un des contractants ne soit dans l'incapacité d'appréhender dans le temps les circonstances et les contours de la modification pré-autorisée. Il en va de l'intelligence du consentement. C'est pourquoi, la clause doit pouvoir fournir à chaque partie des *indices prédéterminés* qui lui permettent « de se faire une idée ». Mais on veut aussi éviter que le contrat ne devienne un instrument d'arbitraire au profit d'un contractant⁴⁸. D'où la nécessité pour la clause de prévoir des critères de modification *objectifs*.

16. La clause autorisant un contractant à modifier en tout temps toute clause du contrat ne peut, bien entendu, passer avec succès l'épreuve de la détermination⁴⁹. La portée de l'autorisation est trop vague — et trop vaste. La clause doit, en effet, permettre au cocontractant de savoir à l'avance sur quel objet portera la modification⁵⁰. En outre, advenant même que la clause cible cet objet (ou ces objets), elle doit prévoir des indices de modification objectifs qui permettent de se faire une idée de l'élément déclencheur et de l'ampleur éventuelle de la modification. Ces indices doivent être aisément accessibles⁵¹ et relativement concevables en termes de circonstances⁵². La jurisprudence sur les clauses de non-concurrence qui contiennent « des dispositions autorisant le créancier [...] à modifier [...] le territoire visé »⁵³ offre

48. J. GHESTIN, *Les obligations — Le contrat*, Paris, L.G.D.J., 1980, n° 149, p. 107 : « Dans la mesure où, même prévue par le contrat, une telle révision dépend de la volonté arbitraire de l'une des parties, sa validité est très contestable, notamment au regard de la prohibition des conditions potestatives ».

49. Exemple : « le contrat est sujet à des changements à l'initiative du franchiseur ».

50. Exemple : « le concessionnaire pourra modifier le trajet des livraisons ».

51. Comme un barème bien établi, s'il s'agit d'une hausse de tarifs.

52. Comme la hausse des coûts d'approvisionnement d'un fournisseur justifiant une hausse des tarifs ou comme une variation de la clientèle justifiant un changement du trajet des livraisons.

53. C. GASCON, « Clauses restrictives : le tribunal peut-il en devenir le rédacteur? », (1993) 53 *R. du B.* 399, 403.

un exemple typique de cette nécessaire pré-configuration du changement⁵⁴.

17. Pourvu donc qu'elle contienne des balises circonstancielles et, le cas échéant, quantitatives de modification, susceptibles de pré-configurer raisonnablement les circonstances et le résultat du changement, et pourvu que ces balises ne dépendent pas du seul contrôle du bénéficiaire de la clause⁵⁵, cette dernière, loin de disqualifier la nature contractuelle de la relation, est légitime et légale. Autrement, elle risquerait d'être frappée de nullité, puisqu'elle donnerait « aux obligations de l'une des parties un caractère potestatif rendant l'accord de volontés parfaitement illusoire »⁵⁶.

Paragraphe 3 — Le nécessaire respect de l'équilibre contractuel dans le cas des contrats de consommation et des contrats d'adhésion

18. Advenant même que la clause de modification unilatérale soit suffisamment claire pour permettre de deviner les circonstances et l'ampleur de la modification éventuelle, elle peut néanmoins être censurée par le tribunal, si cette dernière est susceptible d'abus. En effet, si l'adhérent ou le consommateur⁵⁷ victime, dès le départ, d'un déséquilibre organisé par

54. *Beneficial Finance Co. of Canada c. Ouellette*, [1967] C.A. 721; *Office Overload Québec Inc. c. Trencaroff*, [1973] C.A. 960; *Huiles St-Pierre Inc. c. Huiles Montcalm Inc.*, [1985] C.A. 13, 15; *T. c. B.*, [1958] C.S. 587, 595; *Les Aliments Humpty Dumpty Ltée c. Gagnon*, [1988] R.J.Q. 1840 (C.S.); *St-Eustache Auto Location Inc. c. Location A & C Inc.*, J.E. 91-784 (C.S.). Là-dessus, voir : J.-H. GAGNON, « La portée territoriale des engagements de non-concurrence », *Développements récents en droit commercial*, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 69, à la page 107 : « À cause de l'importance que les tribunaux accordent au fait que celui qui se lie à un engagement de non-concurrence soit en mesure d'en apprécier la portée exacte au moment où il contracte la clause, les tribunaux ont manifesté une très grande réticence à reconnaître la validité de clauses dont la portée territoriale pouvait se modifier subséquemment à la signature du contrat si les critères de modification n'étaient pas indiqués ». L'auteur remarque une souplesse des tribunaux lorsque « l'employé était à même de connaître, au fur et à mesure de l'évolution de ses fonctions dans l'entreprise, le territoire précis d'application de son engagement de non-concurrence » (*id.*), et de citer : *A. Poupert et Cie c. Desgroseillers*, [1964] R.P. 80 (C.S.) et *Betz Laboratories Ltée c. Massicotte*, [1980] R.P. 355 (C.A.).

55. Cf. J. GHESTIN, *Les obligations — Le contrat*, Paris, L.G.D.J., 1980, n° 149, p. 107.

56. J. GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990. chr. 147, 153.

57. Le « consommateur », dont il est ici question, est celui que définit le *Code civil du Québec*, à son article 1384.

une stipulation en vigueur, peut obtenir du tribunal un redressement, il n'y a pas de raison que la solution soit différente du seul fait que le déséquilibre ne soit que virtuel, comme contenu en puissance dans une clause de modification. Contrairement au contentieux relatif au caractère déterminable du changement (art. 1373, al. 1^{er}), universellement disponible, le recours à la notion de clause abusive ne peut, rappelons-le, concerner que les contrats d'adhésion et les contrats de consommation (art. 1437, al. 1^{er}; cf. art. 1379 et 1384).

19. Il faut, en outre, s'abstenir de conclure directement au caractère abusif d'une clause de modification unilatérale du seul fait qu'elle figure dans un contrat de consommation ou d'adhésion. Une présomption de licéité et de raisonnabilité est de mise. Une clause de modification unilatérale n'est pas nécessairement source de désavantage excessif et déraisonnable, ni de dénaturation du contrat considéré. Au contraire, la clause de modification peut avoir été insérée pour donner au contrat une certaine souplesse et lui permettre de survivre à des changements importants. Ainsi, qu'un contrat passé avec une institution d'enseignement autorise cette dernière à modifier le programme pour tenir compte des données nouvelles de la science ne devrait pas apparaître comme « allant à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi » (cf. art. 1437, al. 1^{er})⁵⁸. Une clause répondant à un honnête désir d'adaptation ne mérite donc aucune censure, sa motivation étant précisément le maintien d'un équilibre. Cette clause revêt même une légitimité naturelle⁵⁹, d'autant plus que la bonne foi du rédacteur doit pouvoir se présumer (cf. art. 2805).

58. Cf. *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*, [1994] R.J.Q. 1650, 1661 et 1662 (C.S.) : « On verrait mal que l'Université ne pourrait modifier le contenu d'un programme, alors que les données récentes de la science inciteraient à ne pas continuer à dispenser une partie de la matière ou encore à ajouter des cours sur des données nouvelles ». Il s'agit d'un *obiter dictum*, puisque la modification litigieuse ne portait pas sur des changements de programme, mais sur les frais de scolarité. La décision a été infirmée, pour d'autres motifs, par [1997] R.J.Q. 1832, 1847 (C.A.).

59. Cf. Paris, 5 déc. 1997, D. 1998, i.r. 18 : « Un commerçant qui a signé un contrat d'adhésion au système de paiement par carte bancaire, lequel contrat permet à la banque d'apporter toute modification au contrat initial par lettre simple, ne peut demander à la banque de lui payer le montant d'une transaction réglée par carte bancaire à l'aide d'un sabot manuel [...], dès lors que la banque lui a fait savoir, par courrier, qu'il avait dorénavant l'obligation d'utiliser un matériel propre au contrôle

20. À notre avis, la clause de modification unilatérale d'un contrat d'adhésion ou de consommation mériterait la censure judiciaire sur le terrain de la clause abusive si elle ne prévoyait pas une justification — au demeurant raisonnable — de la modification, ainsi que l'envoi d'un préavis suffisant, permettant au consommateur ou à l'adhérent d'échapper à une modification inopportune en résiliant le contrat à durée indéterminée⁶⁰. Quant à la clause de modification contenue dans un contrat à durée déterminée, elle pourrait échapper à la qualification d'abusives si, en plus de prévoir une justification raisonnable et un préavis suffisant⁶¹, le contrat octroyait, au cocontractant du rédacteur, une faculté de résiliation ou de résolution unilatérale⁶².

21. À moins, sans doute, qu'elle ait pour but de rectifier une erreur technique, risque également d'être qualifiée d'abusives la clause prévoyant, en termes explicites, la rétroactivité de la modification, si cette dernière est susceptible de priver le consommateur ou l'adhérent de droits acquis⁶³. Dans le cas des contrats de gré à gré, la clause de rétroactivité échappe à l'emprise de l'article 1437. Évidemment, si elle prête à équivoque, la porte est ouverte à l'interprétation⁶⁴.

du code secret et qu'à défaut de respecter cette obligation [,] le règlement des paiements par carte bleue n'était plus garanti ». Voir aussi, implicitement : *Xéquipe Inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, REJB 2001-26233 (C.S.) : même si le point n'a pas été soulevé, une clause autorisant le client institutionnel (et rédacteur contractuel) d'une entreprise de location et d'entretien de photocopieuses à modifier le nombre d'appareils dans ses locaux n'a pas semblé abusive. Cette possibilité était fort légitime, ayant pour but essentiel de tenir compte des besoins réels du client. Si le client a été sanctionné, c'est parce qu'il avait outrepassé les pouvoirs conférés par cette stipulation.

60. Évidemment, la suppression du droit du consommateur ou de l'adhérent de résilier un contrat à durée indéterminée devrait militer pour le caractère abusif de la clause de modification unilatérale, faute de quoi disparaîtrait un facteur de rétablissement de l'équilibre.

61. Pour un exemple de contrat prévoyant l'envoi d'un avis préalable à la mise en œuvre d'une modification, voir : *Xéquipe Inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, REJB 2001-26233 (C.S.).

62. Bien qu'évidemment dépourvues d'autorité juridique au Québec, certaines dispositions du Code français de la consommation, établissant des présomptions relatives de clause abusive, ont inspiré, par leur sagesse, les suggestions exprimées dans ce paragraphe : cf. C. consom., Annexe, « Clauses visées au troisième alinéa de l'article L. 132-1 », § 1 (j) et 2 (b).

63. Cf. *Eljer Manufacturing Canada Inc. c. Syndicat national des Outils Simonds*, J.E. 95-568 (C.A.), p. 11 et 12 du texte intégral, conf. [1992] R.J.Q. 377 (C.S.).

64. Solution à plus forte raison applicable dans le cas des contrats de consommation et d'adhésion.

Paragraphe 4 — L'exercice de la clause de modification unilatérale et les impératifs de la bonne foi

22. Enfin, advenant même que la clause de modification unilatérale soit suffisamment informatrice quant à l'éventualité et quant à la portée des changements, qu'elle ne soit pas en soi porteuse d'abus ou de déséquilibre excessif, tout n'est pas dit pour autant : sa *mise en œuvre* doit s'effectuer conformément aux exigences de la bonne foi⁶⁵. Cette nécessité, rappelons-le, vise tous les contrats, et pas seulement ceux qui impliquent des adhérents ou des consommateurs. Il y a lieu de ne pas confondre une clause de modification en soi abusive et une clause dont l'utilisation est exercée abusivement. Dans le premier cas, la clause risque d'être annulée ou de voir sa portée réduite, entraînant, le cas échéant, l'inefficacité de la modification. Dans le second cas, la clause ne sera pas affectée, mais des dommages-intérêts peuvent être octroyés; l'efficacité de la modification ne sera pas atteinte, à moins que le juge ne recoure à l'arme de la fin de non-recevoir.

23. La bonne foi concerne d'abord les conditions de fond de la modification pré-autorisée. Ainsi, sous peine de dommages-intérêts, l'application de la clause de modification ne devrait pas servir de prétexte pour amener le cocontractant soit à consentir à d'autres changements, soit à mettre un terme au contrat. Elle ne devrait pas, non plus, contredire un comportement antérieur du bénéficiaire de la clause, qui aurait pu laisser entendre au cocontractant qu'il serait, à moyen terme, à l'abri de toute mise en œuvre du pouvoir de modification : un tel comportement pourrait paralyser toute demande fondée sur la modification, par la théorie de la fin de non-recevoir. Le fardeau de la preuve de pareil manquement appartient à la personne qui l'allègue⁶⁶.

24. La bonne foi s'attache aussi à la procédure de la modification unilatérale. Ainsi, même si un préavis est donné dans

65. Cf. *Université de Montréal c. Fédération des médecins résidents du Québec*, [1997] R.J.Q. 1832, 1847 (C.A.).

66. Cf. *Université de Montréal c. Fédération des médecins résidents du Québec*, [1997] R.J.Q. 1832, 1847 (C.A.); *Location de voitures compactes (Québec) Ltée c. Moise*, J.E. 97-1467 (C.Q.), p. 9 du texte intégral.

un délai suffisant au plan quantitatif, encore faut-il qu'il soit nominatif et précis, qu'il ne consiste pas dans un simple encart dans la presse locale, au demeurant sans précision quant à la portée de la modification⁶⁷. Une telle procédure constituerait assurément une faute contractuelle, justifiant l'octroi d'une indemnisation. Enfin, la mise en œuvre de la modification doit éviter d'être discriminatoire⁶⁸.

**SECTION 2 — LE CONTENU S'IMPOSE AUSSI AU JUGE :
L'IMPOSSIBLE MODIFICATION JUDICIAIRE DU CONTRAT,
EN DÉPIT D'UN CHANGEMENT DES CIRCONSTANCES**

25. Un contrat relativement équilibré lors de sa conclusion, peut cesser de l'être en cours de route, du fait d'un changement imprévu des circonstances. Ce changement peut toucher l'exercice même de la prestation, en le rendant plus contraignant⁶⁹. Il peut aussi influencer sur la valeur d'une prestation et entraîner un déséquilibre économique direct au sein même du contrat. Songeons à cette convention de fourniture d'appareils technologiques pour tel prix l'unité, conclu pour cinq ans. La troisième année, une hausse subite des coûts de production rend le prix fixé dérisoire, risquant de provoquer la faillite du fournisseur. Songeons aussi à ce prêt de 100 000 \$, conclu en 2004, remboursable en 2007. Or, en 2007, la conjoncture entraîne une dévaluation du dollar canadien : les 100 000 \$ de l'an 2004 ne valent alors plus que 85 000 \$; cette situation désavantage le créancier⁷⁰. Si la partie favorisée par les circonstances nouvelles refusait, comme elle en aurait normalement le droit, de renégocier le prix d'achat ou le montant du prêt, le juge pourrait-il, à la demande du cocontractant ainsi défavorisé,

67. Cf. *Meunerie Dalphond & Fils c. Ville de Joliette*, J.E. 97-450, par. 6-13 (C.S.).

68. Cf. *Location de voitures compactes (Québec) Ltée c. Moise*, J.E. 97-1467 (C.Q.), p. 9 du texte intégral.

69. Songeons à une législation réduisant considérablement les horaires de production d'un bien, alors qu'au départ, le producteur jouissait d'une marge plus grande à cet égard.

70. La situation peut tout autant jouer en sens inverse : le dollar canadien fait un bond spectaculaire et inattendu en 2004, si bien qu'en 2005, les 100 000 \$ de l'an 2000 représentent 125 000 \$: en ce cas, c'est le débiteur qui perd.

tenir compte de la donne nouvelle et ordonner une modulation du quantum de la prestation?

SOUS-SECTION 1 — LE REJET DE PRINCIPE DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

26. Le contrat étant la loi des parties, le juge ne peut, sauf clause à cet effet, en reformuler les termes que si la loi ou les usages l'y autorisent (art. 1384)⁷¹. Or, rares sont les textes de loi qui accordent une telle habilitation aux juges (*cf.* art. 1834 et 1994). Du reste, s'agissant des variations de la valeur de la monnaie, le législateur prohibe clairement la révision du quantum (art. 1564, al. 1^{er} et 2329, al. 2)⁷². Dans les cas n'impliquant pas une variation du numéraire, les usages autorisant une révision — à supposer qu'ils soient établis —, ne peuvent fonder une intervention des juges que s'ils ont les qualités déjà signalées de généralité, de fréquence et d'ancienneté et, surtout, qu'ils suggèrent des critères de modification⁷³. Des juristes ont cru pallier la difficulté en faisant appel à une prétendue clause d'usage qui serait implicitement contenue dans chaque contrat. Cette clause invisible voudrait que, le contrat ayant été conclu sur la base des circonstances prévalant lors de sa conclusion, il devrait être modifié si les circonstances venaient à changer. Il s'agit de la clause *Sic rebus stantibus*⁷⁴. Imaginée par les juristes de droit

71. 2328-4938 *Québec Inc. c. Le naturiste J.M.B. Inc.*, [2000] R.J.Q. 2607, 2621 (C.S.); J. PINEAU, D. BURMAN, S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^o 285, p. 515 et 516; H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999, p. 769, adage n^o 389 (*Rebus sic stantibus*); V. KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 412.

72. J. BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *R.D. McGill* 761, 787.

73. *Cf.* *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*, [1994] R.J.Q. 1650, 1661 et 1662 (C.S.); *Entreprise Sanitaire F.A. Ltée c. Cité de Dorval*, J.E. 2001-2167, par. 28 (C.S.); Com. 31 mai 1988, *Bull. civ.* IV, n^o 189, avec les observations de J. MESTRE, « Obligations et contrats spéciaux », *RTD civ.* 1989, 71. Voir aussi : Rouen, 29 nov. 1968, D. 1969.146, 147; là-dessus, voir : J. BIGOT, « L'évolution des relations contractuelles », dans J. BIGOT (dir.), *Droit des assurances terrestres*, t. 3 « Le contrat d'assurance », Paris, L.G.D.J., 2002, n^o 751, p. 557.

74. Mots latins signifiant, littéralement : « les choses restant les mêmes ». La clause se ramène à cette équation : *le prix restera le même, si les circonstances restent les mêmes; mais si ces dernières changent, le prix changera en conséquence.*

canonique⁷⁵, mais pratiquement inconnue de l'Ancien droit classique⁷⁶, la *théorie de l'imprévision* fait-elle partie du droit civil contemporain?

27. Contrairement à d'autres droits appartenant au système romano-germanique, favorables à la révision⁷⁷, les tribunaux du Québec, à l'instar des juridictions judiciaires de France⁷⁸, sont franchement hostiles à cette solution⁷⁹. Le point de départ de cette prise de position, y compris au Québec, est incontestablement un arrêt de la Cour de cassation française dans la célèbre affaire du *Canal de Craponne* : « dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des charges nouvelles à celles qui ont été librement consenties par les

75. J. BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *R.D. McGill* 761, 769; H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999, p. 768, adage n° 389 (*Rebus sic stantibus*); J. FLOUR, note sous Soc. 11 juin 1942, *D.* 1943.135; J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Collection Précis/Droit privé, Paris, Dalloz, 2002, n° 648, p. 930 et 931.

76. H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999, p. 768, adage n° 389 (*Rebus sic stantibus*): « Nonobstant ces prises de position nombreuses [en droit canonique] en faveur de l'imprévision, il ne semble pas que [la] jurisprudence [antérieure à la codification de 1804] ait nettement admis la révision du contrat pour aggravation de la charge ».

77. Pour une coupe du droit comparé, voir : R. RODIÈRE, D. TALON (dir.), *Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles*, Paris, Pédone, 1986; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Collection Bibliothèque de droit privé, t. 208, Paris, L.G.D.J., 1989, n° 197-199, p. 220-224; J. BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *R.D. McGill* 761, 787; P.-G. JOBIN, « L'équité en droit des contrats », dans *Mélanges Claude Masse*, sous la direction de P.-C. LAFOND, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 473, à la page 502.

78. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Collection Thémis/Droit privé, Paris, P.U.F., 2004, n° 163, p. 245-430; J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil : les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, n° 290-349, p. 355-416; C. LARROUMET, *Droit civil*, t. 3, Les obligations : le contrat, 4^e éd., Paris, Économia, 1998, n° 420-429; p. 383-390; P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2004, n° 757-763, p. 346-351; H. LÉON, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1 « Obligations : théorie générale », par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, n° 734-737, p. 859-962.

79. Sur l'ensemble de la problématique, voir : P.-G. JOBIN, « La stabilité contractuelle et le *Code civil du Québec* : un rendez-vous tumultueux », dans *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 417, aux pages 438 et 439.

contractants »⁸⁰. Cette décision, prononcée dans une période de stabilité monétaire et économique, a fermement établi la politique de la jurisprudence judiciaire⁸¹ et a été constamment suivie par la suite⁸², même en des temps de moindre stabilité économique⁸³.

28. La jurisprudence québécoise antérieure à l'actuel Code, peu nombreuse, mais inflexible⁸⁴ et puissamment relayée par une doctrine approbatrice⁸⁵, affichait une franche hostilité à

80. Civ. 6 mars 1876, *D.* 76.1.193, note GIBOULOT, obs. CAPITANT, TERRÉ, LEQUETTE, dans H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2000, arrêt n^o 163, p. 123, aux pages 126-132 (les italiques sont de nous) : des contrats, conclus dans la seconde moitié du XVI^e siècle, avaient fixé à 3 sols une redevance d'arrosage due par les propriétaires riverains à l'entreprise qui exploitait un canal d'irrigation. Vers la fin du XIX^e siècle, l'exploitant du canal demande un relèvement de la redevance pour tenir compte de la baisse de la valeur de la monnaie et de la hausse des coûts de la main-d'œuvre. Sans doute soucieuse de concilier la force obligatoire du contrat avec la « justice contractuelle », la Cour d'appel d'Aix a volontiers accédé à la demande. Mais, la Cour de cassation a censuré cet arrêt, en des termes on ne peut plus draconiens.

81. Si nous opposons le qualificatif « judiciaire » au terme « jurisprudence », c'est parce que le rejet de la théorie de l'imprévision, en droit français, ne concerne pas la jurisprudence administrative. Soucieuse du maintien du service public, la jurisprudence française de l'ordre administratif se distingue, en effet, de celle de l'ordre judiciaire, en ce qu'elle admet une certaine forme d'imprévision, mais jusqu'à un certain point seulement. En effet, loin de modifier directement le prix d'un bien ou d'un service, les tribunaux administratifs condamnent l'organisme concédant d'un service public à verser une indemnité au concessionnaire, afin de permettre à ce dernier de maintenir, aux mêmes conditions, le bien ou le service aux citoyens, en dépit d'un changement majeur de circonstances aggravant son fardeau économique. Sur cette particularité, on consultera : J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil : les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, n^o 315, p. 379 et 380; B. STARCK, *Les obligations* 2, t. 2, « Contrat », 6^e éd. par H. ROLAND, L. BOYER, Paris, Litec, 1998, n^o 1412, p. 492 et 493.

82. P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil : les obligations*, 10^e éd., Paris, Cujas, 1999-2000, n^o 616, p. 354; B. STARCK, *Les obligations* 2, t. 2, « Contrat », 6^e éd. par H. ROLAND, L. BOYER, Paris, Litec, 1998, n^o 1410, p. 490 et 491.

83. Voir, par exemple : Civ. 3^e, 14 oct. 1987, *Bull. civ.* III, n^o 169; H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999, p. 768, adage n^o 389 (*Rebus sic stantibus*).

84. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^o 442, p. 361 : « La jurisprudence québécoise, à l'époque de l'ancien code, n'était pas favorable à [...] la théorie de l'imprévision ».

85. J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1983, n^o 425, p. 244 et 245; J. PINEAU, D. BURMAN, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1988, n^o 199, p. 282.

l'idée de toute révision⁸⁶. Comme la magistrature judiciaire d'outre-Atlantique, nos juges, s'ils l'avaient voulu, auraient très bien pu, à l'exception des purs problèmes de variations du numéraire, intervenir sur la base de l'équité (de l'article 1024 C.c.B.C. ou de l'article 1434 C.c.Q.), pour rétablir un équilibre rompu par des circonstances nouvelles⁸⁷. Pourquoi les juges du Québec, à l'instar de leurs homologues judiciaires en France, n'ont-ils pas osé utiliser ce pouvoir? Pourquoi cette « excessive prudence »⁸⁸? Sans doute parce qu'à leur avis, l'intervention en matière économique relève plus d'une

86. Cf. *Grant Mills Ltd. c. Universal Pipeline Welding Ltd.*, [1975] C.S. 1203, 1204 et 1205 (résumé) : « Une étude de la doctrine démontre 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 tels le principe de l'immutabilité des obligations contractuelles »; *H. Cardinal Construction Inc. c. Ville de Dollard-des-Ormeaux*, J.E. 87-970 (C.A.) (j. Monet), p. 14 du texte intégral : « La théorie de l'imprévision [...] n'est guère reconnue dans notre droit ». On présente souvent comme l'autorité de base en matière d'imprévision l'arrêt *Verona Construction Ltd. c. Frank Ross Construction Ltd.*, [1961] R.C.S. 195, conf. [1959] B.R. 674 : en réalité, le problème n'en était pas un de *circonstances nouvelles* aggravant le fardeau d'un des contractants, en l'espèce un sous-entrepreneur; il consistait en une difficulté contemporaine de la conclusion du contrat, au niveau de la consistance du sol, révélée par la suite; l'entrepreneur refusant de continuer les travaux aux mêmes conditions financières, les deux cours affirment qu'il n'est pas possible de forcer le cocontractant à refaire le contrat : « l'[entrepreneur] n'avait pas l'obligation de refaire le contrat » — [1961] R.C.S. 195, 198 (j. Fauteux); « Faced with this breach of contract, Ross was not obliged to renegotiate » — [1959] B.R. 674, 677 (j. Casey). Dans cette affaire *Verona*, les juges ne font que rappeler qu'on ne peut forcer la réécriture du contrat. Voir aussi, en ce sens : *Grant Mills Ltd. c. Universal Pipeline Welding Ltd.*, [1975] C.S. 1203, 1204 et 1205 (résumé), ainsi que *H. Cardinal Construction Inc. c. Ville de Dollard-des-Ormeaux*, J.E. 87-970 (C.A.), avec les commentaires de J. BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *R.D. McGill* 761, 773, à la note 64. De toute façon, le principe de l'absence d'obligation de négocier ce nouveau est bien à la base de ces trois décisions. On cite aussi, à l'appui du rejet de l'imprévision une affaire *Canada Starch Co. c. Gill & Duffus (Canada) Ltd.*, [1990] R.L. 602 (C.A.), conf. J.E. 84-88 (C.S.) : en fait, la Cour d'appel ne s'est prononcée que sur la question de la *libération* du débiteur en cas de force majeure, rappelant que « seule une impossibilité absolue permet à une partie à un contrat de se libérer de ses engagements », qu'une circonstance rendant l'exécution plus onéreuse ne le permet pas, sauf clause contraire du contrat (*id.*, 607). La révision d'un prix n'était pas au cœur du problème.

87. M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n^o 352, p. 174.

88. Les mots sont de B. STARCK, *Les obligations*, t. 2, « Contrat », 6^e éd., par H. ROLAND, L. BOYER, Paris, Litec, 1999, n^o 1422, p. 494.

politique législative d'ensemble que de décisions ponctuelles émanant du pouvoir judiciaire⁸⁹. De plus, comme « la révision appelle la révision »⁹⁰, les magistrats éprouvaient sans doute une réticence à modifier l'économie d'un contrat, par crainte de réactions en chaîne, susceptibles d'engendrer de l'inflation ou de l'aggraver⁹¹. Enfin, faute de critères objectifs pré-établis, permettant une révision rationnelle de l'obligation monétaire, on peut comprendre que nos juges, s'estimant mal équipés, aient craint de frôler l'arbitraire⁹².

29. Le nouveau Code n'a pas changé la donne, bien au contraire. Ainsi, le fait d'avoir formellement élargi la règle du nominalisme monétaire à l'ensemble des contrats (art. 1564 C.c.Q.), alors que le précédent Code ne la prévoyait que pour le prêt d'argent (art. 1779 C.c.B.C.; art. 2329, al. 2 C.c.Q.)⁹³, est certes une indication d'une volonté politique de maintenir le cap. Quant aux changements de circonstances étrangers à

89. Cf. J. FLOUR, note sous Soc. 11 juin 1942, *D.* 1943.135, 136 : « Réviser les contrats, c'est inévitablement agir, en bien ou en mal, sur l'économie. [...] Cette action sur l'économie suppose une politique; œuvre d'ensemble, elle ne saurait être confiée au pouvoir judiciaire. D'une décision particulière, le juge ne pourrait jamais savoir si elle est utile ou nuisible; et ce doute a légitimement commandé l'abstention »; P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil : les obligations*, 10^e éd., Paris, Cujas, 1999-2000, n^o 619, p. 356.

90. J. FLOUR, note sous Soc. 11 juin 1942, *D.* 1943.135, 136 : « Modifier des contrats en cours peut avoir des inconvénients : [...] provoquer, pour remédier à des déséquilibres, un déséquilibre plus étendu, car la révision appelle la révision, celui qui en subit une en demandant une autre à son profit ». Pour une critique de l'argument « la révision appelle la révision », voir : M.A. GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Collection Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 30.

91. J. PINEAU, D. BURMAN, S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^o 285, p. 517.

92. J. PINEAU, D. BURMAN, S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^o 285, p. 519; cf. Rouen, 29 nov. 1968, *D.* 1969.146, 147.

93. Bien que les autorités aient toujours considéré que le principe du nominalisme monétaire de l'article 1779 C.c.B.C. était applicable à tous les contrats : *Traité de droit civil du Québec*, t. 7bis, par L. FARIBAUT, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957 : t. 11, par L. FARIBAUT, Montréal, Wilson & Lafleur, t. 11, 1961, p. 28 et 29; P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1909, p. 127; J.-R. GARON, J.-C. ROYER, « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit commercial canadien et québécois », (1972) 50 *R. du B. can.* 389, 394.

la valeur du numéraire, la situation est la même : le fait même d'autoriser spécifiquement la révision dans le cas de certaines donations⁹⁴ et dans celui des baux sociaux⁹⁵, n'indique-t-il pas la même volonté de conserver le *statu quo*⁹⁶? Cette impression est, du reste, renforcée quand on a présentes à l'esprit la reconnaissance — à la fois générale et exceptionnelle — de l'imprévision, proposée, en 1977, par l'Office de révision du Code civil, et sa superbe « ignorance », tant par l'avant-projet de loi de 1987 que par le nouveau Code lui-même⁹⁷. Aussi, ne faut-il pas s'étonner si la

94. Voir l'article 1834, concernant la donation affectée d'une charge. Cette disposition, de droit nouveau (J. PINEAU, D. BURMAN, S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 285, p. 520), permet au juge de modifier, voire de révoquer, la charge si des circonstances imprévisibles, lors de l'acceptation de la donation, la rendent trop onéreuse ou impossible; cf. G. RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1151; J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 442, p. 361; P.-G. JOBIN, « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec : quelle modernité? », *RIDC*. 2000.49, 58 et 59; P.-G. JOBIN, « L'équité en droit des contrats », dans *Mélanges Claude Masse*, sous la direction de P.-C. LAFOND, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 473, à la page 502; pour un exemple de circonstance aggravante imprévisible, voir : *St-Jean c. St-Jean*, J.E. 2002-292 (C.S.); sur l'interprétation à donner aux termes « circonstances imprévisibles », voir : *Municipalité de Hatley c. Court Good Cheer*, [1997] R.D.I. 364, 365 et 366 (C.S.); P. CIOTOLA, *De la donation*, dans *Chambre des Notaires du Québec, Répertoire de droit/Nouvelle série*, « Libéralités », Doctrine — Document 3, Montréal, 2002, n° 57, p. 20. Une solution identique est prévue pour les testaments (art. 771) et les fiducies (art. 1294).

95. Voir l'article 1994 C.c.Q. (art. 1662.10 C.c.B.C.), permettant, dans le cas d'un bail de logement à loyer modique, une réduction du loyer en cas de diminution de revenu du locataire ou en cas de changement dans la composition de son ménage; cf. *Boisclair c. Office municipal d'habitation de Montréal*, [1998] J.L. 34, 36 (C.P.). Contrairement à l'article 1834, l'article 1994 n'est pas de droit nouveau.

96. Illustrant, en quelque sorte, la maxime « l'exception confirme la règle »; J. PINEAU, D. BURMAN, S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 285, p. 520 et 521.

97. O.R.C.C., art. V-75 : « La survenance de circonstances imprévisibles qui rendent l'exécution du contrat plus onéreuse ne libère pas le débiteur de son obligation » (al. 1^{er}). « Exceptionnellement, le tribunal peut, nonobstant toute convention contraire, résoudre, résilier ou réviser un contrat dont l'exécution entraînerait un préjudice excessif pour l'une des parties, par suite de circonstances imprévisibles qui ne lui sont pas imputables » (al. 2). Sur cette proposition, voir : J. BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *R.D. McGill* 761, 771 et 772.

jurisprudence québécoise postérieure au nouveau Code maintient le principe du refus de la révision⁹⁸.

30. Malgré le rejet de la théorie de l'imprévision, les magistrats ne sont pas totalement démunis, s'ils veulent, dans le respect du droit positif, réviser un contrat devenu déséquilibré. Par le biais de l'interprétation, le magistrat peut deviner une clause de réajustement, pourvu évidemment que des indices militent en ce sens — qu'il s'agisse d'indices textuels ou circonstanciels⁹⁹. La force majeure peut aussi être d'un certain secours, même si elle ne mène pas directement à la révision d'un contrat, mais à la libération du

98. Cf. *Procureur général du Québec c. Kabakian-Kebichichian*, [2000] R.J.Q. 1730, par. 60 (C.A.) (J. Baudouin) : « Revoir le contrat [de parrainage] au moment de son exécution et réduire l'obligation du parrain en tenant compte de sa capacité de payer me paraît alors n'être rien d'autre qu'une révision de la convention par le juge pour imprévision, notion qui n'est pas acceptée dans notre droit comme principe général (art. 1439 C.C.Q.), mais simplement dans certains cas particuliers (art. 771, 1294, 1834 C.C.Q.) »; cf. P.G. JOBIN, « L'équité en droit des contrats », dans *Mélanges Claude Masse*, sous la direction de P.-C. LAFOND, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 473, à la page 489, à la note 50 : « La même position prévaut encore aujourd'hui dans la jurisprudence »; M.A. GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Collection Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 33.

99. É. COLAS, « La notion d'équité dans l'interprétation des contrats », (1981) 83 R. du N. 391; J. PINEAU, D. BURMAN, S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 285, p. 516, à la note 96; P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil : les obligations*, 10^e éd., Paris, Cujas, 1999-2000, n° 621, p. 358. Cf. Soc. 11 juin 1942, D. 1943.135, note Flour : un contrat, conclu avant la II^e guerre mondiale, prévoyait que tout litige devait être soumis au tribunal de Paris; or, la séparation ultérieure de la France en deux zones, l'une libre (au Sud de la Loire) et l'autre occupée (comprenant la capitale), un des contractants, résidant en zone libre, soulève la difficulté de respecter cette clause d'attribution; la Cour de cassation lui donne raison, en dépit de la lettre de la clause, sur la base de la probable *intention des parties* : « [...] dans l'esprit des contractants, ladite clause [attributive de juridiction] n'avait été insérée dans leur convention qu'en vue de son application en temps normal et non pour le cas, qui était celui de l'espèce, où l'existence d'une ligne de démarcation séparant le territoire de la France en deux zones, n'avait pas permis à Blanchard, habitant à Lyon, de soumettre sa demande à un tribunal siégeant à Paris [...] »; cette méthode n'est pas sans rappeler celle de l'interprétation téléologique utilisée dans l'affaire du tramway de Montréal : *Viau c. Procureur général du Québec*, [1978] C.A. 223, 228 (J. Mayrand). Il faut cependant convenir que cette « révision » judiciaire ne portait pas sur un élément économique, mais sur un élément purement normatif.

débiteur (art. 1693). Elle suppose, toutefois, une impossibilité totale d'exécution, et non une simple aggravation du fardeau obligationnel¹⁰⁰.

SOUS-SECTION 2 — LA RÉVISION JUDICIAIRE AUTORISÉE PAR LE CONTRAT LUI-MÊME

31. Le principe du nominalisme monétaire n'est cependant pas d'ordre public¹⁰¹. Des clauses de revalorisation d'un quantum sont donc envisageables, en cas de modification de la valeur de la monnaie. À plus forte raison, de telles clauses sont, elles aussi, concevables, lorsque le changement est imputable à une autre cause que la variation du numéraire. Des modifications dues à l'économie, à la politique ou, tout simplement, au vécu des contractants, alourdissant le fardeau économique du débiteur peuvent aussi, sur la base d'une clause contractuelle, fonder une révision du contrat. Les clauses de revalorisation¹⁰², légitimées par la liberté contractuelle et par l'autonomie de la volonté, sont

100. *Grant Mills Ltd. c. Universal Pipeline Welding Ltd.*, [1975] C.S. 1203, 1205 (résumé): « L'impossibilité absolue d'exécuter peut cependant libérer le débiteur d'une obligation si elle provient d'une cause extrinsèque, qui ne dépend pas des parties et qui est tout à fait imprévisible et incontrôlable ». Cf. A. BOHÉMIER, F. FOX, « De l'effet des changements de circonstances sur les contrats dans le droit civil québécois », (1962) 12 *Thémis* 77, 80: « L'exécution doit être devenue impossible et non pas simplement plus difficile ou plus onéreuse ». Le contrat peut prévoir la libération, même s'il n'y a pas impossibilité absolue, mais difficulté accrue: cf. *Canada Starch Co. c. Gill & Duffus (Canada) Ltd.*, [1990] R.L. 602, 607 (C.A.) (j. Dussault): « Mais ici la loi des parties c'est cette stipulation au contrat qui permet au vendeur de se dégager de toute responsabilité si son défaut de livrer est "due to (...) any other cause beyond the reasonable control of Seller". Or, qui dit "reasonable" ne dit pas "absolute" »; cette « clause de force majeure », modulant, en les atténuant, les conditions de l'impossibilité d'exécuter, ne doit pas être confondue avec la « clause de *hardship* » (*infra*, § 34 et 35), laquelle peut prévoir ultimement une révision de l'obligation monétaire, tandis que la clause de force majeure ne vise que la libération du débiteur: cf. V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises — droit uniforme*, Collection *Traité des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2000, n° 467, p. 422.

101. C. FABIEN, E. MACKAAY, « Le droit civil aux prises avec l'inflation », (1983) 28 *R.D. McGill* 284, 295; P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Wilson & Lafleur, 1909, p. 127 et 128.

102. Aussi appelées « clauses de réajustement »: cf. P.-G. JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 63, p. 179-182.

nombreuses¹⁰³. Elles sont, en principe, parfaitement valables, sauf exceptions du législateur¹⁰⁴. On peut regrouper les plus importantes de ces clauses en trois grandes catégories. Certaines clauses prévoient une modification à base rigide : les clauses de « revalorisation fixe » (paragraphe 1); d'autres imposent la renégociation et, éventuellement, l'arbitrage : les clauses dites de *hardship* (paragraphe 2); d'autres, enfin, établissent une possibilité de modulation déterminée par la variation d'un indice économique retenu : les « clauses d'indexation » (paragraphe 3).

Paragraphe 1 — La clause de revalorisation fixe

32. Par la clause de revalorisation fixe, les contractants prévoient « des augmentations périodiques selon un taux prédéterminé »¹⁰⁵. Il peut s'agir, dans le cas d'un contrat de trois ans, par exemple, d'une clause programmant une augmentation d'un montant de 600 \$ par mois, tous les douze mois (ou d'un montant de 500 \$ par mois, la deuxième année, et d'un montant de 700 \$, la troisième année)¹⁰⁶. La variation pourrait tout aussi bien être exprimée en pourcentage : le loyer mensuel augmentera de 10 % chaque année, par exemple.

103. C. FABIEN, E. MACKAAY, « Le droit civil aux prises avec l'inflation », (1983) 28 *R.D. McGill* 284, 295 : « Bien que la liste de ces clauses [anti-inflation] ne soit limitée que par l'imagination des parties, il y a lieu de signaler les clauses relatives à l'intérêt, les clauses renvoyant à d'autres unités de valeur (ou clauses valeur), les clauses de participation aux revenus, les clauses d'indexation, les clauses dites de valeur à neuf, les clauses relatives au terme des obligations et les clauses d'arbitrage »; voir aussi : D.-C. LAMONTAGNE, B. LAROCHELLE, « Le louage », dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 96, p. 53 et 54; J.-R. GARON, J.-C. ROYER, « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit commercial canadien et québécois », (1972) 50 *R. du B. can.* 389, 393-403. Sur la clause visant à prémunir un prêteur étranger contre les fluctuations de la devise canadienne, voir : 146207 *Canada Inc. c. Placements Rebery Ltée*, [2002] R.J.Q. 345 (C.A.).

104. Cf. *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, L.R.Q., c. A-23.001, art. 9, al. 2; voir, *infra*, § 37.

105. D.-C. LAMONTAGNE, B. LAROCHELLE, « Le louage », dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 567, p. 353.

106. P.-G. JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 64, p. 182; A.-M. MOREL, *Le louage d'une habitation en droit québécois*, Montréal, Groupe de recherche en consommation, 1979, n° 926.

33. L'autonomie de la volonté plaide en faveur de la validité de principe du mécanisme de revalorisation fixe¹⁰⁷, même dans le cas des baux de logement de plus d'un an¹⁰⁸. Toutefois, par son manque d'adaptabilité véritable au changement, cette technique risque d'être insatisfaisante, pour le créancier, en cas de changement plus sévère que prévu; elle pourrait aussi se révéler excessive, pour le débiteur, en cas d'absence de changement —ou en cas de changement modéré. Par leur souplesse et par l'intelligence de leur conception, la clause de *hardship* et la clause d'indexation lui sont bien préférables.

Paragraphe 2 — La clause de *hardship*

34. La clause de *hardship*¹⁰⁹, également appelée « clause de sauvegarde »¹¹⁰, « clause d'équité »¹¹¹, « clause de renégociation »¹¹², « clause de révision »¹¹³, voire « clause d'imprévision »¹¹⁴, prévoit qu'advenant des circonstances imprévues et imprévisibles, rendant plus onéreuse la prestation d'un contractant, les parties devront entreprendre des négociations de

107. Hormis le cas des contrats de sépultures et d'arrangements funéraires : *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, L.R.Q., c. A-23.001, art. 9, al. 2.

108. Avant le 1^{er} janvier 1994, ce genre de variation semblait illégal en matière de baux de logement : en effet, le loyer de ces baux ne pouvait varier que sur la base d'une clause d'indexation (cf. art. 1664f, al. 2 C.c.B.C. — devenu, en 1979, l'article 1658.13, al. 1^{er} C.c.B.C.). Là-dessus, voir : A.-M. MOREL, *Le louage d'une habitation en droit québécois*, Montréal, Groupe de recherche en consommation, 1979, n° 927.

109. Pour un exposé magistral de la clause de *hardship*, voir : J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil : les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., n° 318-322, p. 382-388.

110. J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 444, p. 364; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 423, V° *Hardship (clause de)*; P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil : les obligations*, 10^e éd., Paris, Cujas, 1999-2000, n° 620, p. 357; V. TOULET, *Droit civil : obligations — responsabilité civile*, Paris, Centre de Publications universitaires Le Péniscope, 2001, p. 149.

111. V. TOULET, *Droit civil : obligations — responsabilité civile*, Paris, Centre de Publications universitaires Le Péniscope, 2001, p. 149.

112. M. TANCELIN, D. GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 8^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, p. 203.

113. B. STARCK, *Les obligations*, t. 2 « Contrat », 6^e éd., par H. ROLAND, L. BOYER, Paris, Litec, 1998, n° 1420, p. 493 et 494.

114. V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises — droit uniforme*, Collection Traité des contrats, Paris, L.G.D.J., 2000, n° 467, p. 422.

bonne foi¹¹⁵. À l'occasion, la clause va plus loin, et prévoit qu'à défaut de parvenir à une solution satisfaisante, les contractants devront soumettre la difficulté à un arbitre qui pourra, notamment, adapter le contrat à la donne nouvelle¹¹⁶. Il s'agit, en fait, d'une « clause *sic rebus stantibus* perfectionnée »¹¹⁷, cette fois expressément stipulée, et non simplement implicite. Cette clause vise à concilier le respect dû à la parole donnée — la lettre (ou plutôt le chiffre !) du contrat — et la prise en considération des circonstances concrètes dans lesquelles cette parole a été précisément donnée — l'esprit du contrat¹¹⁸. Loin de heurter l'ordre public, la clause de *hardship* est d'une incontestable légalité¹¹⁹.

35. Bien que sa stipulation puisse aussi s'envisager à propos d'un contrat de droit interne¹²⁰, la clause de *hardship* est

115. Cf. R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2^e éd., Collection Objectif droit (Juris Classeur), Paris, Litec/LexisNexis, 2004, p. 71, V^o *Clause de Hardship*. On peut rapprocher la clause de *hardship* avec la « clause de force majeure ». L'une et l'autre envisagent, en effet, la survenance d'un événement imprévisible aggravant, sans nécessairement la rendre impossible, l'exécution d'une prestation. Toutefois, la clause de force majeure ne mène pas à la révision du contrat, mais à la libération du débiteur. L'intérêt de la clause de force majeure est de permettre une libération du débiteur, même si l'événement ne fait qu'alourdir son fardeau obligationnel, dérogeant ainsi, en toute légalité, à la définition stricte que donnent de la force majeure les articles 1470, al. 2 et 1693, al. 1^{er} C.c.Q., définition qui exige un empêchement total, et non une aggravation de la charge; cf. *Canada Starch Co. c. Gill & Duffus (Canada) Ltd.*, [1990] R.L. 602, 607 (C.A.) (J. Dussault); sur la différence entre la clause de *hardship* et la clause de force majeure, cf. V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises — droit uniforme*, Collection Traité des contrats, Paris, L.G.D.J., 2000, n^o 467, p. 422; pour une coupe de ces diverses clauses, on devrait consulter : M. FONTAINE, P. DE LY, « Les clauses de *hardship* », dans *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, 2^e éd., Bruxelles, Éditions Émile Bruylant, 2003.

116. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 423, V^o *Hardship (clause de)*; J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^o 444, p. 364; B. STARCK, *Les obligations*, t. 2, « Contrat », 6^e éd., par H. ROLAND, L. BOYER, Paris, Litec, 1999, n^o 47, p. 188-190.

117. P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil : les obligations*, 10^e éd., Paris, Cujas, 1999-2000, n^o 620, p. 356 et 357.

118. P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Collection Dalloz Action (2002/2003), Paris, Dalloz, 2002, n^o 3702, p. 810.

119. J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^o 444, p. 364.

120. Cf. M. TANCELIN, D. GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 8^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, p. 203. Ces auteurs réfèrent, avec justesse, à l'arrêt *Canada Starch Co. c. Gill & Duffus (Canada) Ltd.*, [1990] R.L. 602 (C.A.), bien que cette affaire concernât plus une clause de force majeure qu'une clause de *hardship* à proprement parler.

surtout stipulée dans les contrats du commerce international. Du reste, un modèle de rédaction est proposé aux agents du commerce international par les Principes d'UNIDROIT¹²¹. Mais ce n'est qu'un modèle. Si les contractants n'ont pas inséré une clause de *hardship*, elle ne saurait, en principe, être devinée par le juge ou par l'arbitre, même s'il agit d'un contrat du commerce international. Advenant, toutefois, que les parties aient expressément soumis leur convention à l'application des Principes d'UNIDROIT, la clause devrait alors être considérée comme faisant partie intégrante du contrat, même si elle ne s'y trouve pas, à proprement parler, reproduite¹²². Le procédé est légal, puisqu'il s'agit d'une clause externe à laquelle renvoie le contrat (*cf.* art. 1435, al. 1^{er} C.c.Q.)¹²³. Il n'y a pas, du reste, que les parties à un contrat d'affaires international qui peuvent recourir au renvoi aux Principes d'UNIDROIT. Des contractants exclusivement « internes » le pourraient tout

121. *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, UNIDROIT, 1994, Rome, p. 151-161, [en ligne] : <http://www.unidroit.org>, art. 6.2.1-6.2.3; voir aussi cet autre modèle proposé par les *Principes du droit européen du contrat*, Commission pour le droit européen du contrat, 2003, Paris, Société de législation comparée, p. 284, art. 6 :111.

122. Sur la possibilité d'insérer au contrat une clause de renvoi aux Principes d'UNIDROIT, voir : A. PRUJINER, « Comment utiliser les Principes d'UNIDROIT dans la pratique contractuelle », (2002) 36 *R.J.T.* 561, 578 : « La référence aux Principes a pour effet d'ajouter une clause de *hardship* au contrat [...]. La Convention de Vienne, sur la vente internationale de marchandises ne prévoit pas une telle mesure » (*id.*). La question se pose de savoir si le renvoi fait, non à UNIDROIT, mais au « droit international », ou « aux principes généraux du droit international » équivaut à un renvoi aux Principes d'UNIDROIT, et inclut donc implicitement la clause de *hardship*. Certains le laisseraient volontiers penser : E.S. DARANKOUM, « L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques », (2002) 36 *R.J.T.* 421, 432 : « [...] selon la tendance récente de la jurisprudence internationale, le contenu de tels principes généraux et usages est codifié dans les Principes d'UNIDROIT ». Il n'est pas sûr que cette inclusion suffira, l'unanimité étant loin d'être faite sur ce terrain technique (qui relève en fait de l'intention réelle des parties), ni surtout sur celui de l'acceptation de la théorie de l'imprévision par le droit international des affaires; là-dessus, voir : E.S. DARANKOUM, « L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques », (2002) 36 *R.J.T.* 421, 468-476.

123. Il n'est pas nécessaire que le renvoi soit fait à la section même des Principes relative au *hardship*, la référence aux Principes devant suffire. Il ne serait même pas requis, à notre avis, que le cocontractant du rédacteur de la clause de renvoi ait eu connaissance ou été informé, lors de la conclusion de la convention, du contenu exact de cette « clause », si le contrat en cause n'était ni de consommation, ni d'adhésion (*cf.* art. 1435, al. 2 C.c.Q.), comme cela risque d'être souvent le cas en matière de commerce international.

autant¹²⁴. Il faut toutefois être conscient que l'assujettissement aux Principes d'UNIDROIT peut amener l'arbitre à résoudre ou résilier le contrat purement et simplement, plutôt qu'à l'adapter. La rédaction à proprement parler d'une clause de *hardship*, précisant les conséquences d'une absence de renégociations ou de l'échec des négociations nouvelles, est donc souhaitable.

Paragraphe 3 — La clause d'indexation

36. La clause d'indexation¹²⁵, parfois appelée « clause d'échelle mobile »¹²⁶, est une clause de réajustement qui prévoit la modification automatique¹²⁷ d'une obligation monétaire « en fonction d'un élément objectif de référence nommé indice »¹²⁸. Le montant d'un loyer ou d'une redevance va donc, le cas échéant, varier en fonction des fluctuations de l'indice retenu, par exemple le prix du baril de pétrole se négociant auprès d'une bourse reconnue¹²⁹ : si ce prix augmente de 2 %, le loyer ou la redevance va, normalement, augmenter d'autant. La variation peut dépendre également de celle des taxes foncières — on tend alors à parler de

124. Voir, par analogie : M. TANCELIN, D. GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 8^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, p. 203.

125. Sur la clause d'indexation dans son ensemble, consulter : A. COSSETTE, « Les clauses d'indexation », (1979-80) 82 *R. du N.* 455; M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n^o 982-984, p. 511-513; voir aussi : R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2^e éd., Collection Objectif droit (Juris Classeur), Paris, Litec/LexisNexis, 2004, p. 72, V^o *Clause d'indexation*.

126. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 449, V^o *Indexation*; C. FABIEN, E. MACKAAY, « Le droit civil aux prises avec l'inflation », (1983) 28 *R.D. McGill* 284, 297; P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil : les obligations*, 10^e éd., Paris, Cujas, 1999-2000, n^o 620, p. 356.

127. V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises — droit uniforme*, Collection Traité des contrats, Paris, L.G.D.J., 2000, n^o 467, p. 422; H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999, p. 769, adage n^o 389 (*Rebus sic stantibus*); M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n^o 82, p. 511.

128. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 449, V^o *Indexation*; voir aussi : CRÉPEAU, *Dictionnaire de droit privé*, V^o *Indexation*, p. 182 et 183. Sur le problème causé par une éventuelle disparition de l'indice en cours de contrat, voir : P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil : les obligations*, 10^e éd., Paris, Cujas, 1999-2000, n^o 998, p. 588.

129. Ce peut être le prix de toute marchandise, comme le blé : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 449, V^o *Indexation*.

« clause escalatoire »¹³⁰. L'indice de variation peut être aussi le cours de l'or — on parle alors de « clause valeur-or »¹³¹ — ou d'une monnaie étrangère réputée stable dans laquelle on libelle l'obligation monétaire — on parle alors de « clause valeur-devise »¹³². L'indexation peut, enfin, dépendre des variations d'un indice de synthèse, comme l'indice des prix à la consommation établi par un organisme reconnu¹³³. Il importe de ne pas assimiler l'augmentation de l'assiette de la créance à un intérêt sur le capital : c'est précisément le capital de la créance qui se trouve élargi¹³⁴. La clause d'indexation peut prévoir que la variation de l'indice jouera uniquement à la hausse ou jouera soit à la hausse, soit à la baisse, le cas échéant¹³⁵. Nous traiterons de la clause d'indexation sous le double aspect de sa légalité (sous-paragraphe 1) et de son efficacité (sous-paragraphe 2).

130. *Duff Industries Inc. c. Lalonde*, [1982] C.A. 204, 208 (j. L'Heureux-Dubé) : « La "clause escalatoire" est bien connue en matière de louage. Elle est en somme une clause d'échelle mobile des augmentations de taxes qui permet de faire supporter au locataire sa proportion de l'augmentation des taxes pouvant survenir au cours de la durée du bail et qui est impossible à déterminer au moment de la signature du bail » ; voir aussi : D.-C. LAMONTAGNE, B. LAROCHELLE, « Le louage », dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 567, p. 353.

131. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 151, V° *Clause or (ou Clause valeur-or)*.

132. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 449, V° *Indexation*.

133. A. COSSETTE, « Les clauses d'indexation », (1979-80) 82 *R. du N.* 455, 456 ; C. FABIEN, E. MACKAAY, « Le droit civil aux prises avec l'inflation », (1983) 28 *R.D. McGill* 284, 297 ; J.-R. GARON, J.-C. ROYER, « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit commercial canadien et québécois », (1972) 50 *R. du B. can.* 389, 403 ; D.-C. LAMONTAGNE, B. LAROCHELLE, « Le louage », dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 567, p. 353.

134. Le mécanisme de hausse due au jeu d'une clause d'échelle mobile devrait donc échapper aux contraintes de la *Loi sur l'intérêt*, L.R.C., c. I-15 : J.-R. GARON, J.-C. ROYER, « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit commercial canadien et québécois », (1972) 50 *R. du B. can.* 389, 408 et 409 ; cf. M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n° 984, p. 512 et 513.

135. P.-G. JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 63, p. 179 et 180 : « En pratique, les parties ont généralement en vue de régler uniquement l'augmentation de loyer par une [...] clause [de réajustement]. Mais rien n'empêche de la formuler de façon à ce qu'elle vise son ajustement à la hausse ou à la baisse, dans certains cas, il peut fort bien y avoir diminution, et non augmentation, des facteurs considérés » ; cf. D.-C. LAMONTAGNE, B. LAROCHELLE, « Le louage », dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 567, p. 353.

Sous-paragraphe 1 — La légalité de la clause d'indexation

37. La clause d'indexation ne pose pas, en principe, de problème au niveau de sa légalité même¹³⁶. Elle n'est prohibée que dans le cas des baux de logement dont la durée fixe ne dépasse pas douze mois (art. 1906, al. 1^{er}; cf. art. 1664.3 C.c.B.C.)¹³⁷, et dans celui des contrats d'arrangements préalables de services funéraires et des contrats d'achat préalable de sépulture¹³⁸. À part ces deux exceptions ponctuelles, la clause d'indexation s'inscrit sous le signe de la liberté rédactionnelle. Cette liberté est quasi totale pour la plupart des contrats de longue durée à vocation économique, comme le bail commercial¹³⁹.

38. Tout d'abord, les parties sont libres de choisir l'indice de revalorisation qui leur convient. Contrairement au droit français, il n'est pas nécessaire que l'indice retenu « se rattache à l'activité de l'une des parties ou à l'objet du contrat »¹⁴⁰. Le

136. C. FABIEN, E. MACKAAY, « Le droit civil aux prises avec l'inflation », (1983) 28 *R.D. McGill* 284, 297; *Traité de droit civil du Québec*, t.7bis, par L. FARIBAUT, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957 : t. 11, par L. FARIBAUT, Montréal, Wilson & Lafleur, t. 11, 1961, p. 29; J.-R. GARON, J.-C. ROYER, « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit commercial canadien et québécois », (1972) 50 *R. du B. can.* 389, 404.

137. P.-G. JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 63, p. 180 et la jurisprudence citée en note 162; cf. *Lesieur c. Baraby*, [1980] D.C.L. 8 (A.L.).

138. *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, L.R.Q., c. A-23.001, art. 9, al. 2 : « Est interdite dans un contrat [régi par la présente loi] la clause d'indexation et toute autre clause ayant pour objet de permettre au vendeur d'augmenter le prix des biens ou des services prévu au contrat ».

139. P.-G. JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 63, p. 180.

140. En droit français, l'indice ne doit pas être un « indice général ou monétaire » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 449, V° *Indexation*; cf. *Code monétaire et financier* de France (Ord. n° 2000-1223 du 14 décembre 2000), art. L. 112-1 à L.112-4 qui, sauf exception, prohibe les indices d'ordre général : « [...] est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet [...] de la convention ou avec l'activité de l'une des parties. [...] » (C. mon. fin., art. L. 112-2, al. 1^{er}). Ces dispositions, issues, entre autres, d'un texte datant des débuts de la V^e République (Ord. n° 58-1374 du 30 décembre 1958), vouées à éviter la spirale inflationniste, mais au libellé sibyllin (B. STARCK, *Les obligations*, t. 2 « Contrat », 6^e éd. par H. ROLAND, L. BOYER, Paris, Litec, 1998, n° 1420, p. 493), ont donné lieu à

droit québécois du louage résidentiel antérieur au nouveau Code, contenait une restriction de ce genre, en exigeant que l'indice retenu ait un rapport logique avec l'immeuble loué¹⁴¹. Pareille contrainte a disparu de la version du nouveau Code (*cf.* art. 1906 C.c.Q.)¹⁴²: la clause d'échelle mobile peut donc prévoir que le loyer d'une résidence pourra varier en fonction de l'évolution d'un indice non nécessairement rattaché à l'immeuble, comme les variations du coût de la vie publiées par Statistique Canada¹⁴³.

39. Une autre contrainte, quant à l'indice de référence, a disparu de notre droit, celle prohibant les clauses valeur-or¹⁴⁴. Même si le quantum de l'obligation monétaire peut, de nos jours, être légalement indexé sur la valeur de l'or (comme il

un contentieux alambiqué, dont le droit québécois a fait l'heureuse économie! Là-dessus, on consultera : P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil : les obligations*, 10^e éd., Paris, Cujas, 1999-2000, n^o 995-997, p. 586-588.

141. Et encore fallait-il qu'il s'agit d'un des trois indices spécifiés par le *Code civil du Bas Canada*, lequel disposait : « Dans un bail de plus de douze mois, les parties peuvent convenir que le loyer sera réajusté en fonction d'une variation des taxes municipales ou scolaires affectant l'immeuble, des primes d'assurance-incendie ou d'assurance-responsabilité ou du coût unitaire du combustible ou de l'électricité si le logement est chauffé ou éclairé aux frais du [bailleur] » (art. 1664f, al. 2 C.c.B.C. — devenu, en 1979, l'article 1658.13, al. 1^{er} C.c.B.C.). Aucune autre hausse des dépenses du bailleur et, à plus forte raison, aucun indice général, comme la hausse des primes d'assurance-incendie pour l'ensemble du Canada, n'était valable : A.-M. MOREL, *Le louage d'une habitation en droit québécois*, Montréal, Groupe de recherche en consommation, 1979, n^o 922; *Desjardins c. Dallaire*, [1976] D.C.L. 56 (A.L.).

142. P.-G. JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n^o 63, p. 180 et 181, à la note 164.

143. Évidemment, les trois critères de l'article 1658.13, al. 1^{er} C.c.B.C. sont toujours à la disposition des parties : G. RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la justice*, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1198.

144. Par l'article 7 de la *Loi concernant les obligations à clause or*, S.C. 1937, c. 33 (devenue la *Loi sur les clauses-or*, S.R.C. 1970, c. G-4), le Parlement fédéral avait prohibé, en 1937, « l'utilisation de l'or dans les contrats, non seulement à titre de prestation [la clause or], mais aussi comme instrument de valeur [la clause valeur-or] » : J.-R. GARON, J.-C. ROYER, « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit commercial canadien et québécois », (1972) 50 *R. du B. can.* 389, 395; R. VÉZINA, « Théorie juridique de la monnaie », (1940) 43 *R. du N.* 187. Destinée à préserver la confiance de la population dans la monnaie nationale et soucieuse d'éviter la spéculation sur le dollar canadien (J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^o 647, p. 502), cette prohibition a été levée au début des années 80 : *Loi d'abrogation générale*, S.C. 1980-81-82, c. 159, annexe n^o 37.

peut toujours l'être sur celle d'une monnaie étrangère¹⁴⁵), la clause ne peut imposer au débiteur un paiement en or¹⁴⁶ — ou en une monnaie étrangère¹⁴⁷. Le respect minimum dû au dollar canadien¹⁴⁸ interdirait au juge de prononcer une condamnation en recourant à un autre instrument que la devise canadienne : on tiendra, par exemple, compte de la valeur de l'or (ou de l'euro) à telle date, mais la dette, ainsi réévaluée, sera impérativement payable en dollars canadiens, et non en lingots d'or ou en euros¹⁴⁹.

40. Ensuite, les parties sont, en principe, pleinement souveraines pour déterminer le moment des révisions, ainsi que la fréquence de ces dernières. Le bail commercial, par exemple, peut prévoir que le loyer variera dès la première année, et qu'il variera aussi souvent que l'indice bougera, ou qu'il ne pourra varier que les 3^e et 9^e mois de chaque année. Il pourrait aussi spécifier que la modification du loyer ne pourra pas intervenir si celle de l'indice retenu est inférieure à tel seuil bien défini. Par contre, dans le cas des *baux de logement* dont la durée dépasse douze mois, certaines contraintes pèsent sur le moment et la fréquence de la révision (art. 1906, al. 2 C.c.Q.; cf. art. 1658.13, al. 2 C.c.B.C.). Ainsi, le loyer de la résidence ne pourra varier au cours des douze premiers mois de la location : il ne le pourra qu'à compter de la deuxième

145. J.-R. GARON, J.-C. ROYER, « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit commercial canadien et québécois », (1972) 50 *R. du B. can.* 389, 401 et 402; D.-C. LAMONTAGNE, B. LAROCHELLE, « Le louage », dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 549, p. 341; M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n° 978, p. 509.

146. M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n° 968, p. 504.

147. J.-R. GARON, J.-C. ROYER, « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit commercial canadien et québécois », (1972) 50 *R. du B. can.* 389, 401.

148. Cf. *Loi sur la monnaie*, L.R.C. (1985), c. C-52, art. 3, 7, 8 et 13.

149. Il importe donc de ne pas confondre les instruments de compte avec les instruments de paiement : J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 647, p. 502; J.-R. GARON, J.-C. ROYER, « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit commercial canadien et québécois », (1972) 50 *R. du B. can.* 389, 401; M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n° 978, p. 509. Sur les difficultés du libellé d'une dette en « devises-troc », voir : D.-C. LAMONTAGNE, B. LAROCHELLE, « Le louage », dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 549, p. 340 et 341.

année; et même là, il ne sera pas possible d'invoquer la variation de l'indice retenu aussi souvent que cette variation interviendra : la modification du loyer du logement ne pourra intervenir qu'une fois par année¹⁵⁰.

Sous-paragraphe 2 — L'efficacité de la clause d'indexation

41. Même si la légalité d'une clause d'indexation est assurée, son *efficacité* ne l'est pas pour autant. La nécessité de stipuler des prestations déterminables (art. 1373, al. 2 C.c.Q.; cf. art. 1060 C.c.B.C.) impose aux contractants de préciser les tenants et aboutissants de la variation éventuelle, pour éviter l'aléa et l'arbitraire¹⁵¹. La précision est donc de mise. Cette précision doit d'abord porter sur l'indice lui-même. Si la clause se contente de prévoir la variation d'un prix en fonction de « l'augmentation du coût de la vie », sans autre précision, elle ne peut produire d'effet, pour la simple raison qu'il est difficile de savoir à l'avance ce que revêt cette notion, trop floue pour être l'objet d'une appropriation intellectuelle : est-ce l'augmentation du coût de la vie pour la région montréalaise, pour la province de Québec, pour le Canada? Et même si la clause réfère au Québec, quel critère retenir pour déterminer cette hausse : les barèmes du gouvernement, ceux d'une chambre de commerce ou ceux d'un magazine financier?

42. Il incombera donc de préciser que la révision se fera selon les fluctuations du coût de la vie telles qu'elles figurent dans un document accessible publié par un organisme reconnu, comme l'indice des coûts à la consommation établi par Statistique Canada¹⁵², ou le prix du brut de pétrole de telle catégorie établi par un consortium reconnu de

150. P.-G. JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 63, p. 180.

151. Cf. *Posluns c. Lunya Mode Inc.*, J.E. 90-1456 (C.S.), p. 7 du texte intégral; voir aussi, en ce sens : *Encadrements Ste-Anne Inc. c. Société immobilière Marathon*, J.E. 90-1471 (C.S.), p. 3 et 5 du texte intégral.

152. C. FABIEN, E. MACKAAY, « Le droit civil aux prises avec l'inflation », (1983) 28 *R.D. McGill* 284, 297; D.-C. LAMONTAGNE, B. LAROCHELLE, « Le louage », dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 567, p. 353.

producteurs, comme l'OPEP. La clause d'indexation doit aussi préciser le moment de référence initial¹⁵³ et celui des fluctuations ultérieures¹⁵⁴. La clause d'échelle mobile doit aussi, au cas où le débiteur n'est pas le seul avec lequel le créancier fait affaire (songeons à l'un des multiples locataires du bailleur), prévoir des critères de répartition de la hausse due à la fluctuation de l'indice retenu¹⁵⁵. Qu'il s'agisse du choix de l'indice lui-même, de son mode de détermination ou de sa technique de répartition, le manquement à l'une des exigences de précision ci-dessus peut condamner la clause d'indexation : le juge l'écartera purement et simplement, pour cause d'indétermination¹⁵⁶.

43. Toute imprécision de la clause d'indexation ne va pas automatiquement condamner son efficacité. Pourvu que l'élément manquant ne présente pas un caractère essentiel, la clause pourra fonctionner si, par le canal de l'interprétation, le juge est en mesure de deviner l'intention probable des parties. Ainsi, l'omission de préciser si la hausse se fera en pourcentage ou en dollars et en cents n'est pas nécessairement dirimante¹⁵⁷. Ne sera pas non plus fatal, le fait d'avoir négligé de

153. La clause peut prendre « comme indice de référence celui en vigueur au début du [contrat] ou à une date donnée » : D.-C. LAMONTAGNE, B. LAROCHELLE, « Le louage », dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 567, p. 353.

154. A.-M. MOREL, *Le louage d'une habitation en droit québécois*, Montréal, Groupe de recherche en consommation, 1979, n° 923.

155. Sur la nécessité de préciser les critères de répartition de la hausse entre les locataires, lorsque plusieurs unités diffèrent par la taille, la situation, l'étage, voir : *Aberman c. Carkner*, C.P. Montréal, n° 32-008718-73, 20 mars 1974 (j. L'Espérance); *Aberman c. Gould*, [1976] C.P. 158, 159 : « Comme la façon de partager l'augmentation des taxes entre les divers locataires n'a pas été définie à l'avance, il s'ensuit que l'accord de ceux-ci est bien imprécis, et que les calculs du [bailleur] sont arbitraires »; A.-M. MOREL, *Le louage d'une habitation en droit québécois*, Montréal, Groupe de recherche en consommation, 1979, n° 923; cf. P.-G. JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 63, p. 180; voir aussi : *Posluns c. Lunya Mode Inc.*, J.E. 90-1456 (C.S.), p. 7 du texte intégral.

156. A.-M. MOREL, *Le louage d'une habitation en droit québécois*, Montréal, Groupe de recherche en consommation, 1979, n° 923.

157. Sur la question de savoir si l'augmentation se fait en pourcentage ou en chiffres bruts, il incombe de consulter le contrat et, le cas échéant, de l'interpréter : *Duff Industries Inc. c. Lalonde*, [1982] C.A. 204, 207 et 208. Dans cette affaire, la clause précisait : « Au cas d'augmentation de taxes (foncières), le Locataire consent à ce qu'une augmentation de loyer lui soit imposée en proportion de cette augmentation, en prenant comme base de calcul les taxes foncières payées pour l'année 1972 ». Les trois juges trouvent l'expression « en proportion de » ambiguë et recourent à

préciser si la révision se fera uniquement à la hausse, ou si elle se fera aussi à la baisse : en ce cas, la clause d'échelle mobile, loin d'être inefficace, pourra néanmoins jouer. Le juge pourra fort bien décider que, faute d'avoir pris la peine d'apporter une précision à cet égard, les parties envisageaient vraisemblablement *toute variation* de l'indice, y compris une variation à la baisse¹⁵⁸. Évidemment, un contexte différent peut militer pour une indexation à sens unique¹⁵⁹.

*

* *

44. Contrairement à la clause de *hardship*, la clause d'indexation n'impose pas une renégociation du contrat, ce qui peut être un grand avantage, puisque la révision du contrat s'en trouve accélérée. De plus, comme la technique de l'indexation aboutit exclusivement à la révision du contrat, elle ne comporte pas le risque de la résiliation de ce dernier, contrairement à ce que prévoient la plupart des clauses de

l'interprétation, notamment au canon de la lecture globale (art. 1018 C.c.B.C.; cf. art. 1427 C.c.Q.) et à la règle *contra stipulatorem* (art. 1019 C.c.B.C.; cf. art. 1432 C.c.Q.); le juge Owen trouverait étrange qu'en cas de doublement des taxes (par exemple, de 7 000 \$ à 14 000 \$), le loyer annuel de 28 000 \$ passerait à 56 000 \$: le bailleur paierait un compte additionnel de taxes de 7 000 \$ et recevrait un loyer additionnel de 28 000 \$! (p. 207) : « Reading the lease as a whole, the intention of the parties appears to be that the lessor was to pay the property taxes but that any increase in the property taxes was to be paid by the lessee in the form of increased rental » (J. Owen, *id.*, 207). La Cour a procédé par un ajout brut de l'augmentation des taxes au loyer, mais non par l'application d'un pourcentage. Sur cette décision, voir les commentaires de D.-C. LAMONTAGNE, B. LAROCHELLE, « Le louage », dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 567, p. 353.

158. Sur le caractère alternatif d'une clause d'indexation, faute d'avoir précisé qu'elle ne jouerait qu'à la hausse, voir : *Gariépy c. Immeuble populaire Desjardins de Montréal et de l'Ouest-du-Québec*, [1996] R.D.I. 408, 413 (C.S.) : « Le terme "indexation" est neutre. Il peut être positif ou négatif. Il n'y a pas là ambiguïté, et le Tribunal ne peut nier la seconde alternative dans le contexte du contrat en cause ». Dans ce dossier, un phénomène déflationniste avait succédé à un phénomène inflationniste.

159. Voir, par exemple : *Commission scolaire du Sault Saint-Louis c. Conseil scolaire de l'Île de Montréal*, [1978] C.S. 223, 226 : l'absence de précision que la révision se fera uniquement à la hausse n'a pas été interprétée comme militant pour le caractère alternatif de la révision. En l'espèce, on ne pouvait penser que telle était l'intention des parties; en effet, elles avaient précisé que le loyer serait réajusté « pour couvrir la différence »; cette phraséologie a paru plaider pour une variation à la hausse seulement. La Cour a fait application de l'article 1020 C.c.B.C. (art. 1431 C.c.Q.).

*hardship*¹⁶⁰. Enfin, l'indexation permet de connaître à l'avance les tenants et aboutissants de la révision, tandis que l'assiette et les critères de la révision arbitrale, prévue par la clause de *hardship*, sont difficiles à prévoir. Même si la technique de l'indexation est commode par sa simplicité, « puisque la modification du prix se fait par une règle de trois »¹⁶¹, la modification ne va pas nécessairement intervenir du seul fait de la fluctuation de l'indice. Encore faut-il, en effet, que cette fluctuation soit indépendante de l'activité du créancier¹⁶².

CONCLUSION — LE REJET DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION : BILAN ET PERSPECTIVES

45. Le rejet ou l'acceptation de la théorie de l'imprévision est une source intarissable de controverses¹⁶³. À l'argument de la stabilité contractuelle, invoqué par les partisans du *statu quo*¹⁶⁴, on oppose paradoxalement celui du nécessaire maintien du contrat, qui serait compromis si le juge ne pouvait

160. Et contrairement, aussi, au renvoi aux Principes d'UNIDROIT, ce renvoi impliquant, on le sait, un assujettissement à la section des Principes consacrée au *hardship*, laquelle prévoit cette possibilité de résiliation.

161. P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil : les obligations*, 10^e éd., Paris, Cujas, 1999-2000, n^o 620, p. 356 et 357.

162. Cf. *Immeubles St-Roch Inc. c. Televox Systems Inc.*, [1981] C.P. 108, 109 : un bail contenait une clause d'indexation en fonction de « toute augmentation se rapportant aux taxes municipales et scolaires », « au coût de l'huile à chauffage » ou « au taux de l'électricité et à la consommation d'électricité » ; le bailleur veut faire répercuter une hausse de taxe foncière faisant suite à une augmentation d'évaluation foncière ; or, cette hausse de l'évaluation foncière était exclusivement imputable à des améliorations que le bailleur avait apportées à la bâtisse ; la demande est refusée : « Par une clause semblable, le [bailleur] veut se protéger [...] contre l'inflation et les augmentations de taxes. [...] Il s'agit d'augmentations sur lesquelles le [bailleur] n'a pas de contrôle. [...] il ne faut pas donner à la clause plus de portée qu'elle en a et l'on doit limiter cette portée à ce que les parties avaient en vue au moment de la signature du bail ». « Il serait déraisonnable de penser, malgré l'emploi des mots "toute augmentation", que les parties avaient en vue non seulement les augmentations de taxes municipales et scolaires résultant uniquement de la décision de l'administration municipale et scolaire, mais aussi les augmentations de taxes résultant d'améliorations apportées à l'immeuble à la suite de la décision unilatérale du [bailleur] ».

163. Pour un exposé des arguments favorables et défavorables à la théorie, voir : J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^o 443, p. 362-364 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil : les obligations*, 10^e éd., Paris, Cujas, 1999-2000, n^o 617-619, p. 355 et 356.

164. J. PINEAU, D. BURMAN, S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^o 285, p. 520 ; H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999, p. 768 et 769, adage n^o 389 (*Rebus sic stantibus*).

intervenir, en cas de mutisme des contractants¹⁶⁵. À la présomption selon laquelle les parties ont nécessairement contracté sur la base exclusive des circonstances du moment et qu'elles supposaient qu'en cas de changements majeurs, le contrat varierait en conséquence, on objecte qu'il s'agit d'une pétition de principe : rien ne prouve, en effet, que ces dernières avaient en tête cette préoccupation¹⁶⁶ ! Au demeurant, on peut aussi présumer que les contractants ont pu tenir compte des changements potentiels en prévoyant un prix en conséquence¹⁶⁷, et que s'ils ont décidé de s'engager pour une assez longue période, c'est précisément pour être à l'abri de ces changements¹⁶⁸ ! Enfin, à l'argument de justice contractuelle, qu'invoquent les avocats de la théorie de l'imprévision¹⁶⁹, on oppose celui de la nécessaire prévoyance qui doit animer ceux qui s'engagent sur une longue période¹⁷⁰ ... Sans compter l'argument de la stabilité de l'économie, aisément contredit par la prospérité des nations qui ont adopté la théorie de l'imprévision¹⁷¹ !

46. Quoiqu'il en soit du bien-fondé de ces arguments de pure opportunité, nous devons prendre acte de la volonté apparente du législateur et de nos juges. On constate, malgré tout, dans la doctrine contemporaine du Québec, un courant

165. On donne à cet argument le nom de « *Favor contractus* », préjugé nécessaire pour « permettre à la convention de survivre malgré tout, car autrement elle risque fort de ne pas être exécutée » : J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^o 443, p. 363.

166. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, « L'acte juridique », 9^e éd., Paris, Armand Colin, 2000, n^o 408, p. 296 : « On ne peut rien vouloir dans un sens ou dans l'autre, quant aux conséquences d'un événement que l'on ne prévoit pas ».

167. C. FABIEN, E. MACKAAY, « Le droit civil aux prises avec l'inflation », (1983) 28 *R.D. McGill* 284, 290 ; J. MESTRE, « Obligations et contrats spéciaux », *RTD civ.* 1989, 71.

168. J. BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *R.D. McGill* 761, 781 ; A. BOHÉMIER, F. FOX, « De l'effet des changements de circonstances sur les contrats dans le droit civil québécois », (1962) 12 *Thémis* 77, 82.

169. M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n^o 352, p. 173.

170. J. PINEAU, D. BURMAN, S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^o 285, p. 520.

171. M.A. GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Collection Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 29.

nettement hostile au choix prétendument fait par le législateur. D'aucuns y voient un conservatisme suranné¹⁷². D'autres proposent une avenue de solution : le recours à l'exigence de la bonne foi ne permettrait-il pas au juge de concilier la nécessaire justice contractuelle avec le respect du droit positif¹⁷³? Celui qui refuse obstinément de renégocier un contrat devenu nettement défavorable au cocontractant est-il encore de bonne foi¹⁷⁴? Avec d'autres auteurs, nous éprouvons une grande difficulté à voir, dans le refus de renégocier le contrat, un manquement automatique au devoir de bonne foi¹⁷⁵. Le contractant, qui n'est pour rien dans le malheur qui s'abat sur son cocontractant, ne manque pas forcément, en s'en tenant à la lettre du contrat, au devoir de loyauté, ni à celui de coopération¹⁷⁶.

47. Cependant, la loyauté pourrait faire défaut si le comportement du contractant avait laissé entendre qu'en cas de problème, « on pourrait toujours s'arranger »; le manque de conséquence de ce contractant pourrait sans doute constituer une faute. Mais, à supposer qu'on puisse la prouver, cette circonstance est plutôt exceptionnelle. Quant au devoir de collaborer, il serait audacieux d'y inclure la nécessité de renégocier, sous prétexte que ce devoir tend vers l'exécution harmonieuse du contrat. L'exécution harmonieuse du contrat ne suppose pas une sublimation de ses propres intérêts : la

172. P.-G. JOBIN, « L'équité en droit des contrats », dans *Mélanges Claude Masse*, sous la direction de P.-C. LAFOND, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 473, à la page 503 : « Ce choix politique, de la part d'un État qui se veut moderne, ne manque [...] pas d'étonner dans le contexte de la mondialisation du commerce, de l'instabilité des marchés, et du renouvellement très rapide des technologies »; voir aussi : M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n^o 352, p. 173 et 174.

173. S. MARTIN, « La prévention contractuelle des litiges dans le cadre du contrat international de construction », (1992) 94 *R. du N.* 540, 624; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Collection Bibliothèque de droit privé, t. 208, Paris, L.G.D.J., 1989, n^o 187-207, p. 212-229.

174. A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd, Paris, P.U.F., Collection Droit fondamental, 1998, n^o 55, p. 229 et 230.

175. J. PINEAU, D. BURMAN, S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^o 285, p. 517.

176. Cf. P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil : les obligations*, 10^e éd., Paris, Cujas, 1999-2000, n^o 618, p. 355 et 356.

collaboration ne devrait pas être synonyme de charité¹⁷⁷. Cependant, le contractant qui disposerait d'informations qui pourraient permettre au cocontractant de faire face à l'adversité (par exemple, l'existence d'un fournisseur pratiquant des prix d'approvisionnement plus raisonnables) devrait sans doute les lui communiquer¹⁷⁸. Mais, cette obligation de communication ne saurait se prolonger en une obligation de renégociation. Au demeurant, advenant que l'on ait effectivement affaire à un véritable manquement au devoir de collaboration ou au devoir de loyauté, la sanction ne mènera pas à la révision du contrat, mais tout au plus à une fin de non-recevoir¹⁷⁹.

Didier Lluelles
Faculté de droit
C.P. 6128, succ. Centre-ville
Université de Montréal
MONTRÉAL (Québec) H3T 1J7
Tél. : (514) 343-6096
Télec. : (514) 343-2199
didier.lluelles@umontreal.ca

177. Cf. 2328-4938 *Québec Inc. c. Le naturiste J.M.B. Inc.*, [2000] R.J.Q. 2607, par. 127 (C.S.); *Banque Royale du Canada c. Dompierre*, REJB 2003-44470 (C.S.); J. MESTRE, « Bonne foi et équité, même combat! », *RTD civ.* 1990.652; voir aussi : M.A. GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Collection Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 14 et 15; J. PINEAU, D. BURMAN, S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^o 285, p. 518.

178. Cf. L. AYNÈS, « L'obligation de loyauté », *Arch. philo. droit*, 2000. 195, 201.

179. A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris, P.U.F., Collection Droit fondamental, 1998, n^o 55, p. 229 et 230 : « Réclamer l'exécution à son profit d'un contrat devenu manifestement inexécutable, n'est-ce point manquer à la bonne foi? En refusant de prononcer cette exécution, sans s'autoriser à réviser eux-mêmes le contrat, les juges feraient bien : ils renverraient les parties dos à dos, ou plutôt face à face, les contraignant ainsi à entamer de nouvelles négociations qui rendraient à leurs relations leurs justes proportions ».