

---

# Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois

---

Julie Bédard\*

---

La théorie de l'imprévision n'est pas acceptée en droit québécois. Cette théorie veut répondre au problème que pose au débiteur d'une obligation, la survenance imprévisible d'événements qui altèrent considérablement l'équilibre des prestations tel qu'il a été desiné par les parties au contrat et ce, en l'absence de stipulation contractuelle prévue afin de résoudre ce genre de difficulté. On se rappellera les demandes pressantes de M. Brian Tobin, premier ministre de Terre-Neuve, concernant la renégociation du contrat d'achat d'électricité de Churchill Falls (Labrador) Corp.

L'auteure propose une réflexion de politique juridique sur l'interaction des enjeux de l'imprévision et des principes fondamentaux du droit civil. Elle tente, dans un premier temps, de définir le concept d'imprévision et son cheminement à travers l'histoire. Elle distingue l'imprévision de la lésion, de l'erreur et de la force majeure. Dans un deuxième temps, elle analyse les principes philosophiques à la base de la réforme du *Code civil* ainsi que les principes rejetant ou justifiant l'acceptation de la théorie de l'imprévision en droit civil.

Les propos de l'auteure sont animés de deux sentiments : d'une part, le désir de mettre en évidence la confrontation entre l'application absolutiste de certains dogmes et la réalité des relations contractuelles et d'autre part, le regret de constater que les parlementaires, lors de la réforme du *Code civil*, n'ont pas eu, à tout le moins, l'occasion de réfléchir sur les possibilités offertes par la théorie de l'imprévision.

The theory of hardship has not been adopted in Quebec law. This theory comes to the aid of a debtor of an obligation when, in the absence of a prescient contractual provision, unforeseeable events arise that significantly alter the balance of contractual benefits as foreseen by the parties. One is reminded of the demands of Mr. Brian Tobin, premier of Newfoundland, relating to the renegotiation of the contract governing the purchase of electricity from Churchill Falls (Labrador) Corp.

The author analyzes, in terms of legal policy, the interaction between the theory of hardship and the fundamental principles of civil law. First, she attempts to define the concept of hardship and trace its development through history; she distinguishes hardship from lesion, error and *force majeure*. Second, she analyzes the philosophical principles underpinning the reform of the *Civil Code*, as well as the various bases for rejecting or justifying accommodation of the theory of hardship within civil law.

Two feelings permeate the author's reflections: the desire to demonstrate the difficult fit of a strict application of certain dogmas with the reality of contractual relations, and the regret in realizing that parliamentarians in Quebec City, at the time of the reform of the *Civil Code*, did not even get the chance to consider the potential of the theory of hardship.

---

\* Stagiaire chez Lavery, de Billy, L.L.B., B.C.L. (McGill). Nous tenons à exprimer notre gratitude au professeur P.-A. Crépeau, qui nous a fait l'honneur de nous faire part de judicieuses observations. Nous remercions également l'Université McGill et la Fondation Wainright pour le prix qui nous a été attribué pour une version antérieure de ce texte, nous permettant de croire en la réalisation de cette première publication.

---

## Introduction

### I. Problématique : définition, histoire et distinctions conceptuelles

#### A. Définition

#### B. Cheminement historique du concept

#### C. Distinctions conceptuelles

##### 1. Lésion et imprévision

###### a. Intensité problématique de la distinction

###### b. La réforme du Code civil du Bas-Canada et le Code civil du Québec

##### 2. Imprévision et erreur

##### 3. Imprévision et force majeure

### II. Politique juridique : la morale, l'économie et le droit

#### A. De la philosophie générale du nouveau Code civil du Québec

##### 1. Résistance au changement malgré sa nécessité

##### 2. Les politiques juridiques du Code civil du Québec

#### B. Des inquiétudes des justiciables

##### 1. Des dogmes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle

###### a. Définition

###### b. Critique

###### c. Réconciliation de l'autonomie de la volonté avec l'imprévision

##### 2. De la sécurité des conventions

###### a. Description et importance

###### b. Confrontation avec la réalité

##### 3. De la judiciarisation des contrats : des choix législatifs certains malgré des dangers présumés

###### a. Dangers

###### b. Un choix législatif certain favorisant la judiciarisation des contrats

##### 4. De la reconnaissance ponctuelle de l'imprévision par les législateurs québécois et français

## Conclusion

---

«Quand le despotisme est dans les lois, la liberté se trouve dans les moeurs et vice versa».  
Honoré de Balzac, *La peau de chagrin*

## Introduction

La théorie de l'imprévision est méconnue au Québec. Le gouvernement québécois a malheureusement contribué à accentuer l'ignorance des juristes et des justiciables en ne leur offrant pas la chance de réfléchir sur cette théorie et d'avancer leur opinion en commission parlementaire lors de la réforme du *Code civil*. Nous proposons ici une réflexion de politique juridique sur l'interaction des enjeux de l'imprévision et des principes fondamentaux de notre droit civil :

[u]ne règle de droit comporte le plus souvent deux éléments : l'un politique, l'autre technique. [...] Ces deux éléments — politique juridique et technique juridique — sont inséparables car ils sont intimement imbriqués dans l'élaboration d'une règle juridique. Ils méritent tous deux un examen approfondi si l'on veut, en bon disciple de Domat, de Montesquieu ou de Portalis, se pénétrer de l'esprit des lois et comprendre véritablement un système juridique, en déceler les principes, en retracer les origines, en apprécier l'environnement culturel et sociologique, en pressentir l'évolution [notes omises]<sup>1</sup>.

Nous commençons par définir la notion d'imprévision, en examinant son cheminement à travers l'histoire afin de la distinguer de certains autres concepts tels que la lésion, l'erreur et la force majeure. Dans un deuxième temps, nous examinons la philosophie de notre nouveau *Code civil* et les divers principes liés à l'acceptation ou au rejet de la théorie de l'imprévision. Notre analyse est animée par le désir de confronter les dogmes avec la réalité et de mettre en lumière les possibilités qu'offre la notion d'imprévision en droit québécois.

---

<sup>1</sup> P.-A. Crépeau, *Théorie générale de l'obligation juridique : Introduction*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1996 aux pp. 20 et 22 [non publié ; ci-après *Théorie générale*].

## I. Problématique : définition, histoire et distinctions conceptuelles

### A. Définition

On considère généralement que la théorie de l'imprévision<sup>2</sup> répond au problème<sup>3</sup> que pose au débiteur d'une obligation, la survenance imprévisible<sup>4</sup> d'événements qui

---

<sup>2</sup> Dans la doctrine québécoise, voir généralement : J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1993 aux pp. 244-45 [ci-après *Les obligations*] ; J.-L. Baudouin, «Theory of Imprevision and Judicial Intervention to Change a Contract» dans J. Dainow, dir., *Essays on the Civil Law of Obligations*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969, 151 [ci-après «Theory of Imprevision»] ; L. Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec : Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953 aux pp. 729-32 [ci-après *Le droit civil*] ; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1996 au n° 285 ; T. Rousseau-Houle, *Les contrats de construction en droit public & privé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1982 à la p. 261 et s. ; M. Tancelin, *Sources des obligations: L'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993 au n° 245 et s. ; A. Bohémier et F. Fox, «De l'effet des changements de circonstances sur les contrats dans le Droit civil québécois» (1962) 12 *Thémis* 77 ; M. Houde et O. Dicko, «L'adaptation des contrats en droit international et en droit comparé» (1990) 4 *R.J.E.L.* 131 ; S. Martin, «Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois» (1993) 34 *C. de D.* 599 [ci-après «Réception de la théorie de l'imprévision»] ; G. Wasserman, «Impossibility of Performance in the Civil Law of Quebec» (1952) 12 *R. du B.* 366.

Dans la doctrine française, voir généralement : J. Carbonnier, *Droit civil : Les obligations*, t. 4, 16<sup>e</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 1992 au n° 144 et s. ; A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil : Obligations, théorie générale des droits réels principaux*, par J. de la Morandière, t. 2, Paris, Dalloz, 1959 au n° 863 et s. ; R. Demogue, *Traité des obligations en général : Effets des obligations*, t. 6, vol. 2, Paris, Rousseau, 1931 au n° 632 et s. ; J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations : L'acte juridique*, t.1, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 1994 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil : Les effets du contrat*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1994 au n° 263 et s. ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Recueil Sirey, 1939 au n° 404 et s. ; C. Larroumet, *Droit civil : Les obligations, le contrat*, t. 3, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 1990 ; P. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil : Les obligations*, t. 6, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 1995 au n° 615 et s. ; P. Malinvaud, *Droit des obligations : Les mécanismes juridiques des relations économiques*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1992 au n° 175 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil : Les obligations, les sources*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1988 au n° 249 et s. ; H. Mazeaud et al., *Leçons de droit civil : Obligations, théorie générale*, t. 2, vol. 1, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1991 au n° 733 et s. ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol : Obligations, droits réels principaux*, t. 2, Paris, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1957 au n° 469 et s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations : Contrat*, t. 2, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1995 au n° 1214 et s. ; P. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision : Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil : Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1993 au n° 440 et s. ; Bomsel, *La théorie de l'imprévision en droit civil français*, Paris, Jouve, 1922 ; B. Margo, *Lésion "a posteriori" et imprévision dans les contrats*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris, 1949 [non publiée] ; C.M. Popescu, *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1937 ; P. Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse de doctorat en droit, Université de Nancy, 1922 [non publiée].

<sup>3</sup> Le *Dictionnaire de droit privé*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais en collaboration avec le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1991 à la p. 559, définit la théorie de l'imprévision :

altèrent considérablement l'équilibre des prestations tel qu'il a été dessiné par les parties au contrat<sup>5</sup>. Il faut préciser d'emblée que, si les parties se sont exprimées<sup>6</sup> sur ces changements de circonstances<sup>7</sup>, leur volonté doit être respectée<sup>8</sup>. C'est un silence contractuel gênant qui oblige les acteurs juridiques à s'interroger sur le traitement à réserver à l'imprévision<sup>9</sup>. En effet, le problème de la révision qu'on envisage ici suppose précisément qu'un effort de prévision n'a pas été fait ou qu'il se révèle inadapté à la situation effectivement rencontrée, de telle sorte qu'aucune issue ne peut être trouvée dans le contrat. Il suppose également que les parties ne parviennent pas à trouver un accord à l'amiable<sup>10</sup>.

---

«[t]héorie selon laquelle le juge est admis à réviser les termes d'un contrat dans le but de rétablir l'équilibre entre les prestations des parties lorsque des événements imprévisibles lors de la conclusion du contrat ont considérablement aggravé, pour une partie, les conditions d'exécution de ses obligations».

<sup>4</sup> Dans l'élaboration d'une technique législative consacrant la théorie de l'imprévision, l'imprévisibilité figurerait, selon toute vraisemblance, comme condition. Il faudra préciser si le critère retenu est objectif ou subjectif. Voir Ghestin, *supra* note 2 aux n<sup>os</sup> 297-99 ; Martin, «Réception de la théorie de l'imprévision», *supra* note 2 à la p. 629 ; R. van Ommeslaghe, «Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux» (1980) 57 Rev. D.I. & D.C. 7 à la p. 19 ; Popescu, *supra* note 2 à la p. 37 ; Voirin, *supra* note 2 à la p. 39 et aux pp. 172-74 ; S. Martin, «La prévention contractuelle des litiges dans le cadre du contrat international de construction» (1992) 94 R. du N. 540 [ci-après «La prévention contractuelle des litiges»]. Une certaine inspiration pourrait peut-être se trouver dans l'application de la jurisprudence développée sous l'article 1613 C.c.Q. ou l'article 1150 *Code civil* (France) [ci-après Code civ.]. Voir G. Viney, *Traité de droit civil : Les obligations, la responsabilité : effets*, Paris, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1988 au n<sup>o</sup> 323.

<sup>5</sup> Au sujet du déséquilibre des prestations comme condition d'application de la théorie de l'imprévision, voir Ghestin, *supra* note 2 aux n<sup>os</sup> 301-02 ; Martin, «Réception de la théorie de l'imprévision», *supra* note 2 à la p. 630 ; Houde et Dicko, *supra* note 2 à la p. 141 et Martin, «La prévention contractuelle des risques», *supra* note 3 à la p. 583.

<sup>6</sup> Voir Houde et Dicko, *supra* note 2 à la p. 146 et s. ; P. Moisan, «Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : Les cas de force majeure et d'imprévision» (1994) 35 C. de D. 281 ; Martin, «La prévention contractuelle des litiges», *supra* note 4 ; A. Prujiner, «L'adaptation forcée du contrat par arbitrage» (1992) 37 R.D. McGill 428. Voir plus généralement, Terré, *supra* note 2 au n<sup>o</sup> 447 et s. ; Malaurie et Aynès, *supra* note 2 au n<sup>o</sup> 620 et Ghestin, *supra* note 2 au n<sup>o</sup> 285 et s.

<sup>7</sup> Ommeslaghe, *supra* note 4 aux pp. 8-9, recense les conventions dans lesquelles figurent généralement des clauses de «hardship». Cette liste apparaît plus loin dans le présent texte ; voir *infra* note 189 et texte correspondant.

<sup>8</sup> Dans *Sigma Construction Inc. c. Ievers* (27 septembre 1995), Montréal 500-09-000537-944, J.E. 95-1846 (C.A.) à la p. 12, M. le juge Baudouin a estimé qu'il n'était pas déraisonnable pour le premier juge d'interpréter la clause de résiliation comme permettant uniquement la résiliation unilatérale dans les cas d'événements imprévisibles ou, du moins, inattendus. L'interprétation de la volonté des parties, quant au contenu prévisible du contrat, joue donc un rôle crucial comme nous le verrons un peu plus loin.

<sup>9</sup> Voir Bohémier, *supra* note 2 à la p. 77.

<sup>10</sup> Voir Flour et Aubert, *supra* note 2 au n<sup>o</sup> 412.

La question qui se pose est de savoir si le contrat doit être exécuté, tel qu'il a été consenti, au détriment du débiteur qui subit le déséquilibre imprévu des prestations contractuelles<sup>11</sup>. Voirin décrit adroitement le problème :

[f]aut-il laisser se consommer la ruine d'un contractant malheureux, dont le seul tort est de n'avoir pas prévu l'imprévisible? Ou bien au contraire ne doit-on pas considérer que les volontés individuelles ne sont génératrices d'obligations qu'à condition de se mouvoir dans le champ ordinaire des prévisions humaines ; et que, si l'événement les dépasse, ayant pour effet de rompre l'équilibre qui faisait la probité du pacte, le contrat est anéanti, ou du moins que les relations exclusivement contractuelles des parties font place à un état inorganique dont il appartient à l'interprète de stabiliser harmoniquement les éléments en s'inspirant à la fois de l'intérêt général et des besoins de l'équité, conformément aux exigences méconnues de la règle de droit<sup>12</sup>.

Concrètement, il est plus aisé de prendre conscience du bouleversement de l'économie contractuelle en posant l'hypothèse d'un contrat important qui entraîne une perte correspondante pour le débiteur, en gardant à l'esprit qu'une période de temps assez longue peut s'écouler entre le moment de la fixation des obligations et celui de leur réalisation. Ommeslaghe souligne que «la caractéristique essentielle des conventions pour lesquelles les clauses [de *hardship*] ont été proposées est soit d'être des *conventions à prestations successives* conclues pour une durée plus ou moins longue, soit d'être des *conventions à prestations différées dans le temps*» [italiques de l'original]<sup>13</sup>. Deux exemples sont devenus classiques<sup>14</sup>. On pense d'abord au prêt d'argent. En cas d'inflation ou de dévaluation de la monnaie, la somme empruntée ne représente plus la valeur réelle du prêt tel qu'il a été conclu lors de la formation du contrat. Dans le cas d'un contrat de vente de marchandises, lors de la livraison des biens, la valeur de ceux-ci peut avoir considérablement chuté ou augmenté par rapport au prix assigné lors de la formation du contrat, entraînant ainsi un alourdissement du fardeau des obligations de l'acheteur ou du vendeur. Les deux conflits mondiaux, la déconfiture de Wall Street le 29 octobre 1929, la crise pétrolière, ainsi que de nombreuses crises politiques et conflits armés ont donné naissance à d'innombrables situations réclamant l'application de la doctrine de l'imprévision. Il n'est cependant pas besoin d'imaginer de telles calamités, même si elles sont fort probantes de l'imprévision de certains événements<sup>15</sup>.

Un troisième cas de figure, auquel il est moins souvent fait référence, concerne l'apparition sur le marché, entre la formation et l'exécution du contrat, d'un nouveau

---

<sup>11</sup> Voir Ghestin, *supra* note 2 au n° 263.

<sup>12</sup> Voirin, *supra* note 2 à la p. 2.

<sup>13</sup> Ommeslaghe, *supra* note 4 à la p. 8. Dans l'élaboration d'une éventuelle technique consacrant la théorie de l'imprévision, le législateur devrait décider de son champ d'application et considérer l'exclusion des contrats à exécution instantanée. Voir Demogue, *supra* note 2 aux n° 638 et Voirin, *supra* note 2 à la p. 187. Les problèmes inhérents aux contrats de longue durée se posent avec une acuité particulière dans le cadre des échanges internationaux. Voir Houde et Dicko, *supra* note 2 à la p. 137.

<sup>14</sup> Voir J.-L. Baudouin, «Theory of imprevision», *supra* note 2 aux pp. 152-53.

<sup>15</sup> Voir Houde et Dicko, *supra* note 2 à la p. 133.

procédé de fabrication, ou d'un produit de substitution plus économique ou de meilleure qualité<sup>16</sup>. On peut également faire référence à une quatrième éventualité impliquant, par exemple, un refus de délivrer une autorisation ou une réforme législative<sup>17</sup>.

Dans tous les cas, l'économie du contrat est bouleversée : l'exécution du contrat ne reflète plus les prévisions des parties. La théorie de l'imprévision recouvre cependant deux réalités, deux facettes du déséquilibre des prestations<sup>18</sup> : l'exécution du contrat rendue excessivement onéreuse pour le débiteur de l'obligation ou devenue inutile pour le créancier<sup>19</sup>. Lorsque les juristes d'Unidroit se sont penchés sur la question de l'imprévision, ils ont choisi, à l'article 6.2.2, de ne pas seulement s'inquiéter du débiteur en mauvaise posture, consacrant ainsi toute la signification et la portée légitime de la théorie<sup>20</sup> : «la logique exige qu'à l'imprévision des pertes corresponde l'imprévision des bénéfices»<sup>21</sup>.

Certains auront songé, en lisant ces lignes, aux demandes pressantes de M. Brian Tobin, premier ministre de Terre-Neuve, concernant la renégociation du contrat d'achat d'électricité par Hydro-Québec<sup>22</sup>. En 1969, cette dernière a accepté d'acheter l'électricité de Clurchurch Falls (Labrador) Corp. pendant 60 ans, sans tenir compte de ses besoins, assumant ainsi certains risques financiers. Toutefois, le prix de l'électricité et des autres formes d'énergie a grimpé et le contrat d'achat d'électricité s'est révélé intéressant pour les consommateurs québécois. Il est difficile de dire que l'obligation assumée par Terre-Neuve soit devenue excessivement onéreuse ou que la créance d'Hydro-Québec envers elle soit devenue inutile. Il semble, en effet, que le rendement sur l'avoir propre de Terre-Neuve ait été de 11% en moyenne. Un meilleur contrat eut donc simplement été plus payant. Cette situation de fait ne permettrait donc peut-être pas de faire jouer le mécanisme de la théorie de l'imprévision. On y retrouve cependant une intéressante controverse sur l'intention des parties de faire un

<sup>16</sup> Voir V. Karim, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels et le transfert de technologie*, Collection Minerve, Cowansville, Yvon Blais, 1987 à la p. 219.

<sup>17</sup> Voir S. Kortmann, «La sécurité des transactions et du crédit» dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne, Journées Maximilien-Caron 1990*, Montréal, Thémis, 1991, 201 à la p. 208.

<sup>18</sup> Voir J.-L. Baudouin, «Theory of imprevision», *supra* note 2 à la p. 153.

<sup>19</sup> En d'autres termes, le préjudice résultant du déséquilibre des prestations peut provenir de deux sources : «l'augmentation du coût de l'exécution ou la diminution de la valeur de la contreprestation». P.-A. Crépeau et É. M. Charpentier, *Les Principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : valeurs partagées ?*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1997 à la p. 79 du manuscrit [à paraître ; ci-après *Les Principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : valeurs partagées ?*].

<sup>20</sup> Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Unidroit, 1994 à la p. 257 [ci-après *Principes d'Unidroit*]. L'alinéa 6.2.2 affirme :

[i]l y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

<sup>21</sup> Voirin, *supra* note 2 à la p. 24.

<sup>22</sup> Voir «Terre-Neuve passe à l'attaque» *Le Devoir [de Montréal]* (16 octobre 1996) A-1, A-8.

effort de prévision et d'aménagement d'une renégociation future du contrat. On se souviendra, en effet, de cette lettre d'intention datée de février 1984 et signée conjointement par celui qui occupait alors le poste de secrétaire général d'Hydro-Québec et par le président du conseil d'administration du Newfoundland and Labrador Hydro<sup>23</sup>. Cette lettre énonçait que Terre-Neuve devait tirer des profits justes et équitables en tant que propriétaire de la ressource des chutes Churchill.

Les tribunaux ont dû répondre à la question de savoir si le fait pour Churchill Falls (Labrador) Corp. d'être dans l'impossibilité de remplir ses engagements envers Hydro-Québec conformément au contrat d'énergie, en raison d'une obligation éventuelle de répondre à une demande d'énergie de la part du gouvernement de Terre-Neuve en vertu du contrat de bail législatif consenti par Terre-Neuve à Churchill Falls (Labrador) Corp., pour l'aménagement des ressources hydro-électriques, constituait un cas de force majeure. La Cour d'appel, dans un jugement confirmé par la Cour suprême, sans se prononcer sur la théorie de l'imprévision, retint une interprétation restrictive de la clause de force majeure, tenant compte à la fois de l'intention et de la connaissance des parties au moment de la formation du contrat<sup>24</sup>. Si cet exemple a su illustrer la pertinence de l'étude juridique de la théorie de l'imprévision, l'analyse de l'évolution historique de ce concept prend alors toute son importance.

### **B. Cheminement historique du concept**

Certains pourraient croire, à la suite d'une étude historique superficielle, que seuls les juristes du XX<sup>e</sup> siècle se sont penchés sur les problèmes causés par des circonstances imprévues contrariant les intentions des parties<sup>25</sup>. Or, les jurisconsultes romains, sans élaborer une théorie générale de l'imprévision, auraient néanmoins appliqué le principe dans certains cas<sup>26</sup>. Certains auteurs soutiennent qu'il s'agissait là d'avis particuliers ne correspondant pas à une doctrine juridique bien établie<sup>27</sup>, le droit romain condamnant la théorie de l'imprévision<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Voir *ibid.* à la p. A-8.

<sup>24</sup> Voir *Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd. c. Hydro-Québec* (18 février 1985), Montréal 500-09-001448-836, J.E. 85-255 (C.A.), conf. par *Hydro-Québec c. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 R.C.S. 1087, 86 N.R. 3. La Cour d'appel fut d'avis qu'en pleine connaissance de cause, les parties au contrat d'énergie n'avaient pas reproduit la clause figurant au bail législatif et que, par conséquent, Churchill Falls (Labrador) Corp. avait décidé d'assumer seule les risques que comportait le bail. Voir aussi *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, 8 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1, concernant la validité d'une loi prévoyant la rétrocession à la province de Terre-Neuve, des droits d'utiliser les eaux et des droits relatifs à l'énergie hydro-électrique décrits dans le bail législatif consenti à Churchill Falls (Labrador) Corp.

<sup>25</sup> Voir J.-L. Baudouin, «Theory of imprevision», *supra* note 2 à la p. 153.

<sup>26</sup> Voir Popescu, *supra* note 2 à la p. 9 et s. et Stoffel-Munck, *supra* note 2 au n° 8.

<sup>27</sup> Voir Margo, *supra* note 2 à la p. 97.

<sup>28</sup> Voir Ghestin, *supra* note 2 à la p. 314.



Aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles, des canonistes tels que Gratien et Saint-Thomas d'Aquin<sup>29</sup> reprirent le concept de l'imprévision, qui fut appliqué ainsi dans le droit canonique et devant les tribunaux ecclésiastiques<sup>30</sup>. Ils ont imaginé, pour donner à la théorie un fondement solide, une clause qu'ils supposaient être tacitement contenue dans tous les contrats : la clause *rebus sic stantibus*, c'est-à-dire, les choses demeurant ainsi, telles qu'elles sont<sup>31</sup>. Les glossateurs des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles se sont désintéressés de la question, mais les post-glossateurs, deux siècles plus tard, généralisèrent les idées des canonistes<sup>32</sup>. Alciatus limita l'application de la clause au cas où les événements ne pouvaient absolument pas être prévus par les parties<sup>33</sup>. Aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, l'Europe se divisa quant au traitement à réserver à l'imprévision. Celle-ci pénétra plus avant en Allemagne et en Italie et dans le Parlement de Grenoble alors qu'elle fut curieusement abandonnée par Cujas, Domat puis Pothier, qui ne l'évoquèrent même pas<sup>34</sup>. En guise d'explication de la réaction envers la théorie de l'imprévision ou de son délaissement, les auteurs évoquent l'avènement de l'école du droit naturel<sup>35</sup>, de la réforme protestante<sup>36</sup>, puis celui de la philosophie des lumières<sup>37</sup> et de l'économie libérale<sup>38</sup>. On comprendra donc aisément que l'imprévision ait été omise lors des codifications française et québécoise<sup>39</sup>. A l'heure actuelle, le concept d'imprévision, s'il est ignoré dans certains pays, est bien connu dans d'autres<sup>40</sup>, comme nous le verrons plus loin.

<sup>29</sup> Saint-Thomas d'Aquin estimait que celui qui a promis et ne tient pas sa promesse, en raison d'un changement des conditions, ne commet aucune infidélité, voir Ghestin, *ibid.* à la p. 315.

<sup>30</sup> Voir Popescu, *supra* note 2 à la p. 10.

<sup>31</sup> Cette expression est tirée de la formule : «*Contractus qui habent tractum successivum et dependentioni de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*». Voir Margo, *supra* note 2 à la p. 97 et A. Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 à la p. 450.

<sup>32</sup> Voir Popescu, *supra* note 2 à la p. 11 ; Ghestin, *supra* note 2 à la p. 315 et Carbonnier, *supra* note 2 au n° 148. Carbonnier remarque que même si «[I]es vues favorables à la clause *rebus sic stantibus* demeurèrent isolées» en France, la monarchie ne se fit pas «scrupule d'intervenir dans les contrats, spécialement au XVI<sup>e</sup> siècle, période d'instabilité monétaire».

<sup>33</sup> Voir Margo, *supra* note 2 à la p. 98 et Popescu, *ibid.* à la p. 11.

<sup>34</sup> Voir Ghestin, *supra* note 2 à la p. 315 et Margo, *ibid.* Pour une étude plus détaillée, voir Popescu, *ibid.* aux pp. 10-14.

<sup>35</sup> Voir Ghestin, *ibid.*

<sup>36</sup> Voir Voirin, *supra* note 2 à la p. 46.

<sup>37</sup> Voir Martin, «Réception de la théorie de l'imprévision», *supra* note 2 à la p. 606.

<sup>38</sup> Voir Ghestin, *supra* note 2 à la p. 315.

<sup>39</sup> Voir J.-L. Baudouin, «Theory of imprevision», *supra* note 2 à la p. 154. Carbonnier, *supra* note 2 au n° 148, estime que le problème de l'imprévision ne pouvait être ignoré des codificateurs français et qu'ils ont délibérément exprimé leur refus de la théorie dans l'article 1134 *Code Civ.*

<sup>40</sup> Voir texte accompagnant la note 170 et s.

### C. Distinctions conceptuelles

#### 1. Lésion et imprévision

##### a. Intensité problématique de la distinction

La lésion et l'imprévision ne sont pas des notions identiques. Dans les deux cas, on constate un déséquilibre des prestations contractuelles et une vive opposition à toute reconnaissance générale. Toutefois, lorsque ce déséquilibre est présent à la formation du contrat («erreur économique sur la prestation promise»<sup>41</sup>), on parle de *lésion*. Lorsque l'équilibre conventionnel initial se trouve détruit par un événement imprévisible, l'*imprévision* est l'expression désignée, même si certains auteurs lui préfèrent l'expression *lésion a posteriori*<sup>42</sup>.

On envisage donc l'équivalence des prestations à deux moments différents<sup>43</sup>. La ressemblance est grande, mais il faut résister à la tentation d'associer trop étroitement les deux concepts car «[p]lacer l'imprévision sous l'égide juridique de la lésion, c'est la condamner sans appel»<sup>44</sup>. De plus, l'élément temporel ne constitue pas la seule distinction. Non seulement l'iniquité contractuelle n'apparaît pas au même moment, mais *elle n'a pas la même cause*<sup>45</sup> : «la lésion doit avoir son germe dans le contrat lui-même, dans une inégalité interne des prestations, tandis qu'ici, on a affaire à un bouleversement survenu du dehors, par un événement casuel et imprévu»<sup>46</sup>. Si l'on accepte une conception subjective de la lésion<sup>47</sup>, le fossé se creuse davantage. Voirin est d'avis que l'imprévision ne comporterait pas les deux éléments subjectifs de la lésion, soit l'élément de faiblesse de l'une des parties et l'intention d'exploitation de la part de l'autre<sup>48</sup>. Par conséquent, «[e]n dépit du fondement mo-

<sup>41</sup> C'est là l'expression employée par M<sup>e</sup> Pierre Labelle, porte-parole de la Chambre de commerce du Québec dans Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats* (25 octobre 1988) à la p. sci-8 [ci-après *Journal des débats*].

<sup>42</sup> Voir Margo, *supra* note 2 aux pp. 2 et 94. Le moyen âge faisait prévaloir la justice commutative au jour de la conclusion du pacte (lésion) et lors de son exécution (imprévision), voir Ghestin, *supra* note 2 à la p. 315. Le Comité du droit des obligations de l'Office de révision du Code civil énonce dans ses commentaires que la «lésion protège, au moment de la formation ; l'imprévision, au moment de l'exécution de l'obligation». Québec, Office de révision du Code civil, Comité du droit des obligations, *Rapport sur les obligations*, Montréal, 1975 à la p. 118 [non publié ; ci-après *Rapport du Comité du droit des obligations de l'O.R.C.C.*].

<sup>43</sup> Voir Larroumet, *supra* note 2 au n° 403.

<sup>44</sup> Voir Voirin, *supra* note 2 à la p. 71. Voir aussi Ripert et Boulanger, *supra* note 2 au n° 471.

<sup>45</sup> Voir Starck, Roland et Boyer, *supra* note 2 au n° 1217.

<sup>46</sup> Voir Carbonnier, *supra* note 2 au n° 144.

<sup>47</sup> Lors des débats sur l'avant-projet, la Commission des services juridiques émit l'opinion selon laquelle la lésion est un concept hybride comportant à la fois un volet objectif (déséquilibre des prestations) et un volet subjectif (vice du consentement). Voir *Journal des débats*, *supra* note 41 à la p. sci-91.

<sup>48</sup> Voirin, *supra* note 2 à la p. 71 et s. et voir Margo, *supra* note 2 aux pp. 26-27 et 139. Voir aussi *Journal des débats*, *ibid.* à la p. sci-105, où Georges Massol, porte-parole de la Commission des ser-

ral et de l'élément objectif qui leur sont communs, les deux notions sont juridiquement distinctes»<sup>49</sup>.

b. *La réforme du Code civil du Bas-Canada*<sup>50</sup> et le Code civil du Québec

Le concept de lésion entre majeurs fut introduit de façon exceptionnelle par amendement du C.c.B.-C.<sup>51</sup> et par l'entrée en vigueur de l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>52</sup>. L'Office de révision du Code civil avait proposé d'introduire un règle générale<sup>53</sup>, règle insérée dans l'avant-projet de loi portant réforme au *Code civil du Québec* (article 1449) qui, suite à des débats vigoureux<sup>54</sup>, a disparu<sup>55</sup> dans le Projet de loi 125<sup>56</sup>.

L'Office de révision du Code civil avait également proposé d'inclure une disposition permettant la reconnaissance législative exceptionnelle de la théorie de l'imprévision en droit québécois. L'article 75 du rapport de l'O.R.C.C.<sup>57</sup> rappelait adroitement, dans un premier alinéa, le principe selon lequel la survenance de circons-

vices juridiques, souligne qu'une connotation d'exploitation est présente dans le concept de lésion alors qu'elle est absente dans la théorie de l'imprévision.

<sup>49</sup> Voirin, *ibid.* à la p. 76.

<sup>50</sup> Voir *Acte concernant le Code civil du Bas-Canada*, L.C. 1865, c. 41 [ci-après C.c.B.-C.].

<sup>51</sup> Voir *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, L.Q. 1964, c. 67, art. 1, art. 1040(a)-(e) C.c.B.-C. On se rappellera plus particulièrement de l'alinéa 1040(c) C.c.B.-C., maintenant l'article 2332 C.c.Q., permettant la réduction ou l'annulation des obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent.

<sup>52</sup> L.R.Q. c. P-40.1 [ci-après *L.P.C.*].

<sup>53</sup> Voir Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Montréal, Éditeur officiel, 1978 aux pp. 338-40 [ci-après *Rapport sur le Code civil*], art. 37 :

[I]a lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre et entraîne une disproportion sérieuse entre les prestations du contrat.

La disproportion sérieuse fait présumer de l'exploitation.

<sup>54</sup> Voir «Consultation générale sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec» dans *Journal des débats*, *supra* note 41 (8 mars 1988 au 21 juin 1989). Le Barreau du Québec a exprimé un vif désaccord quant à la reconnaissance de la lésion sous la forme d'une règle générale, lui préférant une application dans certains cas particuliers. Voir Barreau du Québec, *Mémoire de la sous-commission du Barreau du Québec sur l'avant-projet portant réforme au Code civil du Québec (Titre premier : Des obligations en général) présenté à la Commission des institutions*, Montréal, octobre 1988 à la p. xii [non publié ; ci-après *Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet*].

<sup>55</sup> Malgré l'absence de reconnaissance législative d'un principe général de lésion, la Cour du Québec a déjà corrigé une situation lui paraissant inéquitable. Voir *Devost c. Jacques Couturier Inc.* (13 juin 1991), Québec 200-02-009963-903, J.E. 91-1159 (C.Q.).

<sup>56</sup> Le Barreau n'a pas manqué d'exprimer sa satisfaction résultant de «la grande amélioration apportée par le ministère de la Justice». Voir Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur le Code civil du Québec (projet de loi 125) — Livre V — Des obligations : Théorie générale des obligations*, Montréal, juillet 1991 à la p. 1 [non publié ; ci-après *Mémoire du Barreau du Québec — P.L. 125*].

<sup>57</sup> *Rapport sur le Code civil*, *supra* note 53, t. 1 à la p. 345. Voir les commentaires dans le *Rapport sur le Code civil*, t. 3, *supra* note 53 aux pp. 624-25.

tances imprévisibles qui rendent l'exécution du contrat plus onéreuse ne libère pas le débiteur de son obligation, mais offrait ensuite au tribunal, dans un second alinéa, divers moyens de parer les effets du déséquilibre des prestations :

[...]a survenance de circonstances imprévisibles qui rendent l'exécution du contrat plus onéreuse ne libère pas le débiteur de son obligation.

Exceptionnellement, le tribunal peut, nonobstant toute convention contraire, résilier, réviser 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.

Nous sommes d'avis, contrairement à l'Office de révision du Code civil, que l'application de la théorie de l'imprévision ne saurait être que supplétive et pourrait donc être écartée par une convention contraire. En effet, cette solution s'impose, lorsque l'on justifie la reconnaissance législative de la théorie de l'imprévision, comme nous le verrons plus loin, par le constat de l'absence d'expression de volonté des parties concernant un changement de circonstances affectant de façon importante l'exécution du contrat, d'une part, et, d'autre part, par la volonté d'assurer le maintien des volontés contractuelles ayant prévalu lors de la conclusion du contrat.

Mystérieusement, la proposition de l'O.R.C.C. ne figura même pas dans l'avant-projet, ce document qui devait pourtant permettre aux citoyens d'éclairer leurs vues en commission parlementaire afin d'éclairer le législateur sur la marche à suivre<sup>58</sup>. Comment expliquer logiquement que le gouvernement ait choisi de permettre le débat sur la lésion en refusant toute discussion de la théorie de l'imprévision, alors que ces deux notions soulèvent des questions de politique juridique semblables ?

D'ailleurs, cela n'a pas empêché la notion d'imprévision d'être soulevée en commission parlementaire : le seul résultat semble être d'avoir induit en erreur plusieurs intéressés qui ont évoqué la théorie de l'imprévision croyant discuter de la lésion<sup>59</sup>.

## 2. Imprévision et erreur

L'erreur est appréciée au jour de la conclusion du contrat et concerne les circonstances existant lors de la formation du contrat. Ainsi, dans le contrat d'entreprise, les événements qui conduisent à la révision du contrat pour cause d'erreur sont antérieurs à l'exécution contractuelle, mais sont inconnus des parties au moment de la conclusion de leur engagement<sup>60</sup>. Les auteurs sont unanimes et rejettent l'assimilation de

<sup>58</sup> D'après Houde et Dicko, *supra* note 2 à la p. 137, si quelques doutes devaient subsister quant à la reconnaissance de l'imprévision en droit québécois, le fait que la proposition de l'O.R.C.C. ait été retirée de l'avant-projet permet de clarifier définitivement la situation. Cette conclusion nous paraît hâtive.

<sup>59</sup> Ainsi, en commission parlementaire, M<sup>e</sup> Georges Massol, porte-parole de la Commission des services juridiques, se voit dans l'obligation de faire remarquer à un député de l'opposition que ce dernier évoque une situation de fait (la dévaluation) qui relève de l'application de la théorie de l'imprévision et non de celle de la lésion. Voir *Journal des débats*, *supra* note 41 à la p. sci-105.

<sup>60</sup> Voir Martin, «La prévention contractuelle des litiges», *supra* note 4 à la p. 585. Pour des exemples récents, voir *Sintra Inc. c. Mascouche (Ville de)* (9 août 1995), Montréal 500-09-001487-909,

l'imprévision à l'erreur<sup>61</sup>, même si certains pourraient imaginer contourner la difficulté en soutenant que les parties se sont engagées dans la croyance que les circonstances ne changeraient pas ou que l'équilibre ne pourrait qu'être maintenu<sup>62</sup>. Il faut cependant croire que la distinction n'est pas aussi évidente qu'elle le paraît. En effet, on s'explique mal pourquoi une décision comme *Grant Mills Ltd. c. Pipeline Welding Ltd.*<sup>63</sup> soit si fréquemment invoquée par la doctrine à l'encontre de la reconnaissance de la théorie de l'imprévision, alors qu'elle concerne une erreur lors de la formation du contrat. Le jugement de la Cour d'appel dans *H. Cardinal Construction Inc. c. Dollard-des-Ormeaux (Ville de)*<sup>64</sup> suscite aussi une certaine confusion.

### 3. Imprévision et force majeure

Si la théorie de l'imprévision peut ressembler à l'impossibilité d'exécuter pour cause de force majeure en ce qu'elle comporte un caractère d'imprévisibilité et de non-imputabilité<sup>65</sup>, elle en diffère dans la mesure où l'exécution n'est pas rendue impossible<sup>66</sup>, mais seulement excessivement onéreuse. Les tribunaux<sup>67</sup> et la doctrine<sup>68</sup> se

J.E. 95-1615 (C.A.) ; *Montréal (Communauté urbaine de) c. Ciment indépendant Inc.* (15 août 1988), Montréal 500-09-001457-829, J.E. 88-1127 (C.A.).

<sup>61</sup> Voir Voirin, *supra* note 2 à la p. 97 ; Demogue, *supra* note 2 au n° 634 bis et au n° 641 ; Ghestin, *supra* note 2 au n° 313 et J.-L. Baudouin, «Theory of Imprevison», *supra* note 2 à la p. 23.

<sup>62</sup> Ghestin, *ibid.*, estime qu'«un tel raisonnement serait inefficace car l'erreur invoquée ne porte que sur les motifs et ne peut être sanctionnée». Si cet argumentation était admise, «la clause *rebus sic stantibus* serait directement introduite dans notre droit positif» [italiques de l'original].

<sup>63</sup> [1975] C.S. 1203. Le litige résulte de la construction d'un gazoduc sous le lit du fleuve St-Laurent à Beauharnois. Grant Mills n'a disposé de quelques jours pour préparer sa soumission et s'est fié à des plans, ne remarquant pas qu'il y avait eu un léger changement de site d'un plan à l'autre. Or, l'emplacement du lit du fleuve s'est avéré bien différent de ce que avait été prévu et a nécessité beaucoup plus de machinerie, de main d'oeuvre et de temps.

<sup>64</sup> (2 septembre 1987), Montréal 500-09-000815-837, J.E. 87-970 (C.A.) [ci-après *H. Cardinal Construction*]. Dans cette affaire, le litige découle d'un contrat de construction qui a pour objet l'excavation d'un lac et la construction de deux monticules. L'exécution des travaux a duré quatre ans alors que le bordereau de soumission mentionne une période de 120 jours. L'entrepreneur allègue que les changements dans le contrat initial ont rendu celui-ci complètement irréalisable suivant le devis original et suivant les documents fournis au moment de l'appel d'offres. La lecture des jugements ne permet pas de savoir si nous sommes en présence d'imprévision réelle (survenance de circonstances postérieures à la conclusion du contrat) ou d'une erreur de l'entrepreneur ignorant l'étendue des travaux lors de signature du contrat. M. le juge Monet évoque, de façon contradictoire, la théorie de l'imprévision et celle de la lésion alors que M. le juge LeBel évoque la problématique de l'erreur.

<sup>65</sup> Voir article 1470 C.c.Q.

<sup>66</sup> Comme condition d'existence de la force majeure, «[l']événement doit opposer un obstacle insurmontable à l'exécution de l'obligation», il doit être irrésistible en ce sens qu'il mettrait n'importe quel débiteur dans l'impossibilité de résister. Popescu, *supra* note 2 aux pp. 24-25.

<sup>67</sup> Voir *Biron c. Meloche*, [1927] C.S. 535 ; *Proulx c. Beaudoin*, [1948] C.S. 69 ; *Rivet c. Corporation du village de Saint-Joseph*, [1932] R.C.S. 1 ; *Tremblay c. Bouchard*, [1949] R.C.S. 552 ; *Otis Elevator Company c. A. Viglione & Bros. Inc.*, [1978] C.S. 243 ; *Winer & Chazonoff (Ontario) Ltd. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] C.S. 570 ; *Diffusion des métiers d'art (Québec) Inc. c. Cohen*, [1981] C.S. 829 et *Pépin c. David Lord Limitée*, [1970] C.S. 378 ; *Société de géomati-*

sont toujours refusés à élargir la notion de force majeure<sup>69</sup>. Certains auteurs<sup>70</sup> soulignent justement que cet effort serait en partie inutile dans la mesure où la sanction de la force majeure, exonération totale de l'obligation, est par trop radicale pour convenir aux situations exigeant l'application de la théorie de l'imprévision :

Dans bien des cas, l'anéantissement de la convention aurait pour seul effet de renverser le risque, dont tout le poids retomberait sur celle des parties qui n'en est pas directement atteinte. [...] En outre l'abrogation des contrats brutalement prononcée, sous prétexte de difficultés d'exécution imprévues, risque de provoquer l'arrêt complet de beaucoup d'affaires au moment où il conviendrait d'en assurer la reprise progressive [notes omises]<sup>71</sup>.

## II. Politique juridique : la morale, l'économie et le droit

### A. De la philosophie générale du nouveau Code civil du Québec

#### 1. Résistance au changement malgré sa nécessité

Le droit des obligations «est au coeur du Code civil»<sup>72</sup>, il en est la «clé de voûte»<sup>73</sup>. Cette partie cruciale de la réforme est marquée par deux phénomènes con-

*que internationale Inc. c. Placements Soficorp Inc.* (9 décembre 1987), Montréal 500-05-010027-876, J.E. 88-199 (C.S.).

<sup>68</sup> Voir J.-L. Baudouin, *Les obligations*, *supra* note 2 au n° 803 ; Colin et Capitant, *supra* note 2 au n° 853 et Ghestin, *supra* note 2 à la p. 340. *Contra*, Martin, «Réception de la théorie de l'imprévision», *supra* note 2 à la p. 626 qui soutient qu'on aurait pu concevoir la force majeure sous un angle différent, en substituant au critère de l'impossibilité matérielle celui de l'impossibilité économique.

<sup>69</sup> Certaines décisions mettent toutefois en évidence que la rigidité des tribunaux peut n'être qu'apparente : *Portes Overhead Door de Montréal (1965) Ltée c. Construction Broccolini Inc.* (24 février 1995), Montréal 500-02-011336-885, J.E. 95-684 (C.Q.) ; *Mohammed c. Banque de Nouvelle-Écosse* (8 juin 1995), Montréal 500-02-007625-903, J.E. 95-1492 (C.Q.). Certains auteurs, comme Wasserman, *supra* note 2 à la p. 372, sont optimistes et croient à l'élargissement du concept de force majeure.

<sup>70</sup> Voir J.-L. Baudouin, *Les obligations*, *supra* note 2 au n° 803 et Ghestin, *supra* note 2 à la p. 340.

<sup>71</sup> Voirin, *supra* note 2 à la p. 87.

<sup>72</sup> Expression employée par M<sup>e</sup> Gil Rémillard, ministre de la Justice, dans Gouvernement du Québec, *Mémoire au conseil des ministres*, 1988 à la p. 17 [non publié ; ci-après *Mémoire au conseil des ministres*].

<sup>73</sup> Le porte-parole de l'opposition, M. le député de Taillon, est du même avis que le gouvernement : le droit des obligations, «c'est le coeur, c'est le système nerveux, finalement, de notre droit». *Journal des débats*, *supra* note 41 à la p. sci-3. Voir aussi Crépeau, *Théorie générale*, *supra* note 1 à la p. 6 :

c'est précisément le droit des obligations qui fournit, au moyen de règles juridiques fondées sur des valeurs morales et culturelles, sur des postulats philosophiques et socio-économiques, les principes, les institutions et les techniques permettant, d'une part, par l'élaboration d'un code de comportement social, de favoriser le maintien de relations pacifiques entre les membres de la société civile, et, d'autre part, par la réglementation des échanges économiques et du crédit, de se procurer les "bienfaits" de ce monde [notes omises].

comitants : la résistance au remaniement et la nécessité du changement. Même si certains organismes regimbent face au modernisme<sup>74</sup>, cela ne devrait pas empêcher le législateur de prendre l'initiative<sup>75</sup> parce que «recodifier ne consiste pas tout simplement à reformuler des règles, mais aussi à les repenser, à les réviser sur le plan du fond et de la substance et donc à prendre des décisions de politique sociale et culturelle nouvelles engageant l'avenir»<sup>76</sup>.

Cela est d'autant plus vrai que le nouveau *Code civil*, «s'il continue de s'appuyer sur les mêmes principes juridiques que le droit actuel, reflète aussi des préoccupations contemporaines et se veut une structure d'accueil du droit privé du XXI<sup>e</sup> siècle» [nos italiques]<sup>77</sup>. En outre, il est essentiel de profiter de l'occasion d'une telle ambition législative<sup>78</sup> : peut-être plus de 120 ans s'écouleront avant la prochaine réforme<sup>79</sup>.

## 2. Les politiques juridiques du *Code civil du Québec*

C'est en s'appuyant sur les principes fondamentaux de l'autonomie de la volonté, de la liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat, que nous avons conçu le nouveau droit des obligations pour établir un équilibre nouveau dans les rapports des parties contractantes de façon à favoriser une meilleure justice contractuelle<sup>80</sup>.

La «réalisation d'un meilleur équilibre dans le commerce juridique»<sup>81</sup> est une valeur qui occupe désormais une place de choix. Fixer l'idéologie contractuelle est un exercice délicat de conciliation : on ne peut se contenter de brandir de façon absolue

<sup>74</sup> On constate aisément le contraste de la volonté des parlementaires avec la vision de certaines organisations comme le Barreau du Québec qui considère que le C.c.B.-C. est «fort d'actualité». *Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet*, supra note 55 à la p. vi et R. Nadeau, «Le point de vue du Barreau du Québec» (1989) 30 C. de D. 647 à la p. 649.

<sup>75</sup> Le porte-parole de l'opposition, M. le député Filion, ne manque pas de rappeler aux parlementaires leur rôle dans ses remarques finales au sujet de l'avant-projet, *Journal des débats*, supra note 41 à la p. sci-318.

<sup>76</sup> J.-L. Baudouin, «Conférence de clôture» dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne, Journées Maximilien-Caron 1990*, Montréal, Thémis, 1991, 219 à la p. 220 [ci-après «Conférence de clôture»]. Il faut aussi se rappeler qu'«un code moderne n'est pas un code à la mode ; il se doit de durer, dans ses solutions d'abord, mais surtout dans son appareil scientifique (notions, classifications, théories générales...) qui constituent la véritable raison d'être d'une telle entreprise», M. Moreau, «L'égalité sous le Code civil : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne», dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne, Les journées Maximilien-Caron 1990*, Montréal, Thémis, 1991, 37 à la p. 40.

<sup>77</sup> *Mémoire au conseil des ministres*, supra note 72 à la p. 8. Voir aussi J. Pineau, «La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec» (1992) 71 R. du B. can. 423 à la p. 427.

<sup>78</sup> «Le Québec partage avec quelques autres (dont les Pays-Bas) le mérite d'avoir eu cette ambition et, mieux encore, une volonté politique de réussir une codification civile». Moreau, supra note 76 à la p. 39.

<sup>79</sup> Remarque de la Commission des services juridiques lors des débats en commission parlementaire, *Journal des débats*, supra note 41 à la p. sci-101.

<sup>80</sup> Allocution inaugurale de Gil Rémillard, ministre de la Justice, *Journal des débats*, *ibid.* à la p. sci-2.

<sup>81</sup> Pineau, supra note 77 à la p. 427.

des principes comme celui de l'autonomie de la volonté, telle «une profession de foi»<sup>82</sup>, sans réfléchir soigneusement à la valeur de ces postulats et à leurs conséquences<sup>83</sup> qui pourraient parfois donner au dogme «une saveur quelque peu rance»<sup>84</sup>. Nous nous proposons donc d'étudier la valeur des arguments généralement invoqués à l'encontre de la théorie de l'imprévision et de la lésion car :

[u]n examen critique de cette relation intime entre une règle de droit et le fondement politique qui la sous-tend est important, essentiel même, car il permet, d'une part, de mieux comprendre la règle juridique que le législateur a voulu consacrer et, d'autre part, de réfléchir sur l'adéquation entre la règle et les conceptions sociales, économiques, philosophiques, morales ou religieuses qui prévalent, à diverses époques, dans une société civile<sup>85</sup>.

## B. Des inquiétudes des justiciables

### 1. Des dogmes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle

#### a. Définition

On doit à Domat la formule classique : *les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les font*. Ces principes classiques ont présidé à la codification française<sup>86</sup> et à celle du Bas-Canada<sup>87</sup>, qui ont été conçues dans un environnement pré-industriel<sup>88</sup> : le législateur se montre fort respectueux des conventions des parties<sup>89</sup>. Ainsi, selon l'article 1434 C.c.Q. : «[l]e contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu»<sup>90</sup>. Ce principe juridique traduit une valeur morale fondamentale, à savoir, le respect de la parole donnée<sup>91</sup>. Deux conséquences essentielles en découlent, soit que le contrat

<sup>82</sup> Martin, «Réception de la théorie de l'imprévision», *supra* note 2 à la p. 602.

<sup>83</sup> Comme Baudouin le souligne dans «Theory of Imprevison», *supra* note 2 à la p. 73, «[t]he principle of the sanctity of contracts should not be a mere pretext to shut one's eyes to serious injustices in the performance of contracts».

<sup>84</sup> Martin, «Réception de la théorie de l'imprévision», *supra* note 2 à la p. 603.

<sup>85</sup> Crépeau, *Théorie générale*, *supra* note 1 à la p. 23.

<sup>86</sup> Voir Carbonnier, *supra* note 2 à la p. 46.

<sup>87</sup> Même si les codificateurs québécois, contrairement à leurs homologues français, n'ont pas cru bon de reproduire la formule de Domat à l'article 1022 C.c.B.-C., les tribunaux en ont consacré l'autorité. Voir Crépeau, *Théorie générale*, *supra* note 1 à la p. 16. Voir aussi L. Baudouin, *Le droit civil*, *supra* note 2 à la p. 649.

<sup>88</sup> Voir P.P.C. Haanappel, «Contract Law Reform in Quebec» (1982) 60 R. du B. Can. 393 à la p. 393.

<sup>89</sup> Voir M. Guy, «De la justice dans les contrats» (1960) 71 R. du N. 463 à la p. 467, où il est dit que le législateur exerce un rôle passif.

<sup>90</sup> L'art. 1.3 *in limine* des *Principes d'Unidroit*, *supra* note 20, est au même effet : «[l]e contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu».

<sup>91</sup> Voir Crépeau, *Les Principes d'Unidroit et le Code civil du Québec: valeurs partagées?*, *supra* note 19 à la p. 1.



s'impose aux parties, d'une part, et au juge, d'autre part : *pacta sunt servanda*<sup>92</sup>. La convention est en principe irrévocable et les parties doivent exécuter leurs prestations<sup>93</sup>. Le juge ne peut qu'interpréter le contrat, il n'a pas le pouvoir de le modifier, à moins que les parties ou la loi ne lui en donnent expressément le pouvoir<sup>94</sup>.

Gordley prétend cependant :

in fact, these principles were not those of the drafters. They were the principles of French 19th century treatise writers who read them into the Code. The drafters subscribed to traditional conceptions of private law that were almost old-fashioned when the Code was enacted<sup>95</sup>.

Stoffel-Munck souligne que les rédacteurs du *Code civil* français, après la période effroyable de la terreur, possédaient une conception plutôt pessimiste de l'Homme qui ne leur permettait pas d'admettre que la volonté de ce dernier soit autonome<sup>96</sup>.

### b. Critique

La Cour d'appel du Québec<sup>97</sup> et la Cour de cassation française<sup>98</sup> invoquent le dogme de l'autonomie de la volonté pour refuser l'existence de la théorie de l'imprévision. Notre Cour d'appel exprime cependant un refus affligé d'un manque flagrant de fermeté. M. le juge Monet écrit dans *H. Cardinal Construction* que «[l]a théorie de l'imprévision [...] n'est guère reconnue dans notre droit. Il serait plutôt audacieux de prétendre que des arrêts relativement récents de notre Cour consacrent cette théorie. De son côté, la doctrine a plutôt tendance à la combattre» [nos italiques]<sup>99</sup>. La Cour d'appel, de façon générale, se déclare tenue d'appliquer les dispositions contractuelles qui lient les parties «sans égard aux conséquences économiques conjoncturelles»<sup>100</sup>. Ainsi, dans *Hudson's Bay*, les parties étaient liées par un bail contenant une clause d'exclusivité. Le locataire demanda une injonction afin de faire

<sup>92</sup> Voir Colin et Capitant, *supra* note 2 au n° 559.

<sup>93</sup> Ce principe est celui de l'article 1134 Code civ. : «[l]es conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites» et se reflète à l'article 1439 C.c.Q. : «[l]e contrat ne peut être résolu, résilié, modifié ou révoqué que pour les causes reconnues par la loi ou de l'accord des parties».

<sup>94</sup> Voir Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 2 au n° 285 et Colin et Capitant, *supra* note 2 aux n° 797-98.

<sup>95</sup> J. Gordley, «Myths of the French Civil Code» (1994) 42 Am. J. Comp. L. 459 à la p. 459.

<sup>96</sup> Stoffel-Munck, *supra* note 2 à la p. 39 et s.

<sup>97</sup> Voir *H. Cardinal Construction*, *supra* note 64.

<sup>98</sup> Voir la décision rendue dans la célèbre affaire du Canal de Craponne, Cass. civ., 6 mars 1876, D.P.1876.1.193, S.1876.1.161 où l'on mentionne que la règle consacrée par l'article 1134 Code civ. :

est générale, absolue, et régit les contrats dont l'exécution s'étend à des époque successives de même qu'à ceux de toute autre nature ; [...] 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 clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants.

<sup>99</sup> *Supra* note 64 à la p. 14.

respecter cette clause ; la cour se sentit dans l'obligation de la lui accorder malgré le fardeau économique que cela pouvait représenter pour le locateur.

Qui se prévaut du principe de l'autonomie de la volonté ? Les opposants à la lésion, qui se seraient sans doute aussi prononcés contre l'imprévision si le législateur leur en avait donné l'occasion ; soit l'Association des banquiers canadiens<sup>101</sup>, la Chambre de commerce du Québec<sup>102</sup>, certaines associations de commerçants comme la Corporation des concessionnaires automobiles du Québec<sup>103</sup> et d'autres organismes tels que le Barreau du Québec<sup>104</sup> et la Chambre des notaires<sup>105</sup>.

Quels sont les fondements du dogme de l'autonomie de la volonté ? Ils sont essentiellement de trois ordres<sup>106</sup> : philosophique, moral et économique. Le premier postulat philosophique est celui de la liberté des individus : on ne peut être obligé que parce que l'on a voulu. En second lieu, sur le plan moral, il est considéré que l'on ne peut vouloir ce qui est contraire à ses intérêts : qui dit contractuel, dit juste, selon la formule célèbre de Fouillée<sup>107</sup>. Enfin, du point de vue économique, l'autonomie de la volonté serait le meilleur moyen d'assurer la prospérité générale. L'autonomie de la volonté se trouve donc à être à la fois l'explication et la justification du contrat<sup>108</sup>.

L'énoncé même de ces fondements les ébranle. On se rappellera que l'autonomie de la volonté «n'a jamais été posé comme un absolu dans les lois»<sup>109</sup>. La doctrine ne manque pas de critiquer amèrement ce principe de l'autonomie de la volonté et certains auteurs soulignent que la volonté aménage des rapports d'interdépendance nécessaire, mais ce, «dans le cadre de la loi et dans la mesure où la loi le permet» [italiques de l'original]<sup>110</sup>. En outre, personne n'ose plus nier que «[l]a liberté sans frein conduit à l'anarchie dans la production et la distribution des richesses»

<sup>100</sup> *Hudson's Bay Co. c. Wise Brothers Ltd.*, [1983] C.A. 501 à la p. 505 [ci-après *Hudson's Bay*].

<sup>101</sup> Voir *Journal des débats*, *supra* note 41 à la p. sci-15 et sci-18. M. Wilbrod Gauthier qualifie la lésion d'«une atteinte fatale à la liberté contractuelle la plus élémentaire», il y trouve même le début d'élimination de la règle de droit.

<sup>102</sup> Voir *Journal des débats*, *supra* note 41 à la p. sci-8.

<sup>103</sup> Voir *ibid.* à la p. sci-81.

<sup>104</sup> Voir *Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet*, *supra* note 54 à la p. xii. Voir aussi les propos de M<sup>r</sup> R. Nadeau dans *Journal des débats*, *supra* note 41 à la p. sci-260.

<sup>105</sup> Voir *Journal des débats*, *supra* note 41 à la p. sci-292.

<sup>106</sup> Selon Starck, Roland et Boyer, *supra* note 2 aux n<sup>os</sup> 6-8. Voir aussi Larroumet, *supra* note 2 au n<sup>o</sup> 111 ; Marty et Raynaud, *supra* note 2 aux n<sup>os</sup> 35-36.

<sup>107</sup> A. Fouillée, *L'idée moderne du droit en Allemagne, en Angleterre et en France*, Paris, Hachette, 1878.

<sup>108</sup> Voir Marty et Raynaud, *supra* note 2 aux n<sup>os</sup> 29-30.

<sup>109</sup> Voir Carbonnier, *supra* note 2 à la p. 46 et Larroumet, *supra* note 2 au n<sup>o</sup> 117. Comme Larroumet le fait remarquer : «c'est une chose de considérer le contrat comme un acte juridique, en ce sens que la situation juridique créée par les parties au contrat suppose une manifestation de volonté de leur part, et c'en est une autre d'admettre que la volonté de chaque contractant ne doit subir aucune entrave sinon la volonté de l'autre partie au contrat». *Ibid.* au n<sup>o</sup> 107.

<sup>110</sup> Starck, Roland et Boyer, *supra* note 2 au n<sup>o</sup> 19. Voir aussi Marty et Raynaud, *supra* note 2 au n<sup>o</sup> 38 à la p. 33.

[italiques de l'original]<sup>111</sup>. Enfin, sur le plan moral, «l'étude de la société, l'étude des transactions nous ont démontré que les idées à la base de la présomption de justice dans l'autonomie de la volonté n'étaient pas tout à fait réalistes»<sup>112</sup>.

Le législateur a pris conscience de cela et a graduellement reconnu toutes les entorses que l'on connaît<sup>113</sup> au principe de l'autonomie de la volonté<sup>114</sup> : «[p]ar étape, le législateur adopte des remèdes pour sauver le consensualisme; il ajoute quelques poids dans l'un des plateaux de la balance afin d'en assurer l'équilibre parfait»<sup>115</sup>. Il semble cependant que, jusqu'à présent, le législateur ait cherché à assurer la justice contractuelle surtout au niveau de la *formation* du contrat plutôt qu'au niveau de son exécution<sup>116</sup>.

On affirme ainsi que la morale et le droit sont devenus «synergiques et interactifs»<sup>117</sup> : «la liberté est l'objectif, l'égalité sa condition»<sup>118</sup>.

En conclusion, nous nous rallions à l'opinion de Malaurie quant à la place désormais accordée à l'autonomie de la volonté :

<sup>111</sup> Starck, Roland et Boyer, *ibid.* au n° 22.

<sup>112</sup> G. Massol, porte-parole de la Commission des services juridiques, *Journal des débats, supra* note 41 à la p. sci-91. Voir aussi Starck, Roland et Boyer, *ibid.* au n° 21 : les contractants les plus faibles «sont obligés de vouloir ce que les plus forts sont libres de leur imposer» [italiques de l'original].

<sup>113</sup> On notera plus particulièrement l'article 2332 C.c.Q. (1040(c) C.c.B.-C.) concernant le prêt d'argent lésionnaire, l'article 1609 C.c.Q. (1040(b) C.c.B.-C.) concernant les transactions obtenues en relation avec un préjudice corporel ou moral et l'article 8 L.P.C., *supra* note 52. Voir Martin, «Réception de la théorie de l'imprévision», *supra* note 2 à la p. 609.

<sup>114</sup> Coipel saisit bien le phénomène :

nos démocraties occidentales [...] ont refusé de prendre le risque d'attendre en vain l'avènement de l'éden libéral et n'ont pu tolérer les dégâts, les souffrances et les injustices infligés à la société et à certains citoyens moins favorisés par le laisser-faire intégral. Confrontés aux contradictions — au moins provisoires — entre l'utile et le juste, nos États ont développé des politiques qui consistent non pas à abandonner les principes libéraux mais à les aménager, à les corriger.

M. Coipel, «La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile» dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne — Les journées Maximilien-Caron 1990*, Montréal, Thémis, 1991, 79 à la p. 86. Voir aussi C. Masse, «Nouvelle approche des contrats commerciaux dans le futur Code civil du Québec» dans *Développements récents en droit commercial (1992)*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, 117 à la p. 127.

<sup>115</sup> M. Ouellette, «L'égalité sous le Code civil : La réalité et l'espoir» dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne, Les journées Maximilien-Caron 1990*, Montréal, Thémis, 1991, 13 aux pp. 19-20. Voir aussi Moreau, *supra* note 76 à la p. 44. Voir aussi Guy, *supra* note 89 à la p. 463.

<sup>116</sup> Voir Pineau, *supra* note 77 à la p. 439.

<sup>117</sup> B. McLachlin, «Allocution inaugurale : Le droit et la moralité» dans *La morale et le droit des affaires, Les Journées Maximilien-Caron 1993*, Montréal, Thémis, 1994, 1 à la p. 5 : «Selon moi, les deux systèmes de droit canadiens, c'est-à-dire le droit civil et la common law, s'écartent de l'ancienne vision qui place aux antipodes le droit et la moralité [...]. Il ne s'agit pas de choisir entre le droit et la moralité, mais plutôt entre des conceptions différentes de la moralité qui devraient se refléter dans le droit». Voir aussi Carbonnier, *supra* note 2 au n° 17.

<sup>118</sup> Moreau, *supra* note 76 à la p. 46 et Stoffel-Munck, *supra* note 2 à la p. 54 et s.

on peut maintenir le principe, tout en soulignant son recul. Soit en relevant qu'il comporte des exceptions, nombreuses et importantes. Soit en admettant son caractère fondamental, mais qu'il coexiste avec d'autres principes nouveaux, qui en sont l'antinomie. Ce qui constituerait un pluralisme juridique, qui est une des marques de notre époque [notes omises]<sup>119</sup>.

### c. Réconciliation de l'autonomie de la volonté avec l'imprévision

Au lieu de concevoir la théorie de l'imprévision comme une entrave à la liberté contractuelle, nous sommes d'avis que l'on peut l'entendre au contraire comme une règle protectrice de la volonté des parties<sup>120</sup>. Le concept de l'imprévision ne contredit pas l'adage *pacta sunt servanda* car le lien de droit ne peut dépasser ce qui a été voulu<sup>121</sup> : les événements anormaux et imprévus restent en dehors de la volonté des contractants. Par conséquent, il se trouve que la volonté des parties, «manquant désormais de base, demeure vaine et illusoire. Le juge, en sanctionnant l'imprévision, sanctionne une carence du vouloir contractuel ; il ne viole aucun texte» [nos italiques]<sup>122</sup>.

Cette vision suit le principe *favor contractus* :

[i]l s'agit, au fond, d'un principe selon lequel on doit, autant que possible, prendre des mesures destinées à favoriser la validité et l'exécution, bref la survivance, plutôt que la nullité ou l'extinction, d'un contrat. [...]. L'application d'un tel principe semble parfois faire échec aux règles de logique juridique, mais on y a recours, en introduisant un élément de souplesse<sup>123</sup>.

L'interprétation que fait le tribunal du prolongement prévisible des obligations contractuelles est cruciale. Ainsi, les tribunaux, dans le cas d'imposition de nouvelles taxes, ont souvent interprété des contrats d'entreprise et ont jugé que la survenance d'un tel événement était prévisible au moment de la formation du contrat<sup>124</sup>. La prévi-

<sup>119</sup> Malaurie et Aynès, *supra* note 2 au n° 609. Voir aussi Carbonnier, *supra* note 2 au n° 16 et Martin, «Réception de la théorie de l'imprévision», *supra* note 2 à la p. 619 : «[d]ans un monde où les relations commerciales se déroulent à l'échelle planétaire et à la vitesse des transmissions électroniques et satellisées, *pacta sunt servanda* paraît statique et anachronique. Le jeu de mots est faible et presque involontaire». Nous ne suivons cependant pas certains auteurs qui prônent l'abandon du principe de l'autonomie de la volonté. Voir Coipel, *supra* note 114 à la p. 82.

<sup>120</sup> Voir L. Baudouin, *Le droit civil*, *supra* note 2 à la p. 650, faisait cette remarque au sujet des concepts d'erreur, de fraude et de violence auxquels le législateur attache une attention toute spéciale : «[o]n a tendance à considérer les règles posées par les deux codes en ces matières comme des restrictions au principe de la liberté contractuelle, mais il est plus juste d'y voir des règles protectrices de la volonté, règles inspirées du désir d'empêcher précisément une rupture d'équilibre. Ce sont des règles de politique juridique particulièrement saines mais délicates à manier» [nos italiques].

<sup>121</sup> Voir Demogue, *supra* note 2 à la p. 692.

<sup>122</sup> Voirin, *supra* note 2 à la p. 64.

<sup>123</sup> Crépeau, *Les Principes d'Unidroit et le Code civil du Québec: valeurs partagées ?*, *supra* note 19 aux pp. 7, 23 et 26.

<sup>124</sup> Voir *Marcel Charest et Fils Inc. c. Rivière-du-Loup (Ville de)* (17 février 1993), Québec 200-09-000297-926, J.E. 93-443 (C.A.) et *Construction G. Di Iorio Inc. c. Pointe-Claire (Ville de)* (23 mars 1991), Montréal 500-05-007974-916, J.E. 91-1527 (C.S.). Dans ces deux affaires, l'entrepreneur avait

sibilité est jugée de façon objective et il semble que l'on se soucie peu des prévisions réelles ou subjectives des parties. Toutefois, dans *Madden c. Demers*<sup>125</sup>, la Cour d'appel optant pour la prévisibilité subjective, jugea que les parties ne pouvaient prévoir l'impossibilité d'exécution du contrat de transport : la prémisse étant que le contrat ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposées de contracter<sup>126</sup>.

Certains auteurs poussent encore plus loin l'argument de l'intention des parties. Popescu prétend que les parties, si elles avaient prévu un bouleversement de l'économie du contrat, n'auraient pas contracté : «en d'autres termes, la commune intention des parties, qui était à la base de la convention, a été détruite par l'événement imprévu survenu postérieurement et, par suite, le contrat n'a plus de raison d'exister, ou d'être exécuté dans sa teneur initiale» [nos italiques]<sup>127</sup>.

Cet argument se rapproche de celui de la *technique*, fréquemment invoquée au soutien de la théorie de l'imprévision et qui appartient au droit international : la clause implicite *rebus sic stantibus*<sup>128</sup>. Les parties auraient implicitement subordonné leurs engagements au maintien des conditions économiques du temps de la conclusion du contrat. Le succès de cet argument a varié au cours des années, mais on remarquera avec intérêt que l'interprétation de l'intention des parties est à la fois à la base de son acceptation et de son rejet<sup>129</sup> dans la mesure où les opposants à la technique soutiennent que «[l]es contractants savent bien que les circonstances changeront. S'ils se lient à l'avance pour un temps assez long, c'est pour se prémunir contre ces changements»<sup>130</sup>. Il nous semble que la «clause *rebus sic stan[t]ibus* n'exprime pas une interprétation de volonté plus artificielle et divinatoire que tant d'autres, couramment

proposé un prix forfaitaire *comprenant toutes les taxes*. Ces décisions ne pouvaient être visées par la théorie de l'imprévision dans la mesure où l'obligation de payer les nouvelles taxes n'était pas excessivement onéreuse.

<sup>125</sup> (1920), 29 B.R. 505.

<sup>126</sup> M. le juge Pelletier, *ibid.* à la p. 508, en arrive à la conclusion que «les appelants ont exigé une chose plus onéreuse, que les parties contractantes ne pouvaient prévoir et n'ont pas prévu et qu'en conséquence Demers est libéré de son contrat». La Cour permet l'exonération sur la base de la force majeure alors que l'impossibilité n'est pas absolue. En fait, le jugement de la Cour repose sur une interprétation très stricte de la volonté des parties. Voir Rousseau-Houle, *supra* note 2 à la p. 267.

<sup>127</sup> Popescu, *supra* note 2 à la p. 61.

<sup>128</sup> Voir Crépeau, *Les Principes d'Unidroit et le Code civil du Québec: valeurs partagées ?*, *supra* note 19 à la p. 77.

<sup>129</sup> Comme le soulignent très justement Malaurie et Aynès, *supra* note 2 au n° 618, «à une volonté supposée, reconstituée, présumée, on peut faire dire une chose et son contraire». Flour et Aubert, *supra* note 2 au n° 416, se montrent encore plus désabusés : «[l]a vérité est que les parties n'ont voulu *ni* le maintien, *ni* la révision du contrat, puisqu'elles n'ont pas envisagé la situation — imprévisible, par hypothèse — qui ferait naître cette difficulté. On ne peut rien vouloir, dans un sens ou dans l'autre, quant aux conséquences d'un événement que l'on ne prévoit pas» [italiques de l'original].

<sup>130</sup> Bohémier, *supra* note 2 à la p. 82. Voir aussi Margo, *supra* note 2 à la p. 110. Malaurie et Aynès, *supra* note 2 au n° 618, ont une opinion plus modérée : «[l]'analyse est artificielle ; le contrat est toujours une emprise sur l'avenir ; il est toujours, plus ou moins, aléatoire ; les contractants se lient pour l'avenir, parce qu'ils spéculent sur lui». Voir aussi Ripert et Boulanger, *supra* note 2 au n° 470.

consacrées»<sup>131</sup> car manifestement, les parties n'ont pu vouloir augmenter à ce point les difficultés de l'exécution même du contrat, ces difficultés étant imprévisibles<sup>132</sup>.

La doctrine de l'imprévision, seule, peut permettre de redonner au contrat sa signification, celle que les parties lui ont donnée lors de sa conclusion. Nous partageons l'opinion de Martin pour qui, «[d]ans bien des cas, le contrat est l'expression d'une coopération réelle et sincère»<sup>133</sup>. Il appartient au législateur de préserver l'échange résultant de cette coopération.

Quand bien même certains ne pourraient accepter une telle réconciliation des principes de l'autonomie de la volonté et de l'imprévision<sup>134</sup>, la démarche à suivre peut amener à admettre une nouvelle exception au dogme *pacta sunt servanda*.

## 2. De la sécurité des conventions

### a. Description et importance

La nécessité de sécurité dans les conventions, qui découlerait de la préservation farouche du principe de l'autonomie de la volonté, est l'argument le plus fréquemment invoqué à l'encontre de la théorie de l'imprévision<sup>135</sup>. Cette sécurité des conventions comporte deux aspects : l'orientation et la réalisation<sup>136</sup>. En premier lieu, le contractant doit savoir à quoi il est tenu et sur quoi il peut compter. En second lieu, le contractant doit pouvoir réaliser l'objet du contrat : «[u]n contractant qui connaît ses droits, mais qui ne peut pas contraindre son cocontractant à s'acquitter de ses obligations, est un roi sans royaume»<sup>137</sup>.

Il est certain que «[l]es incidences de la réforme du droit des obligations sur les activités économiques ou sur l'ensemble de la législation peuvent être fort importantes, mais elles sont, le plus souvent, indirectes»<sup>138</sup>. L'une des conséquences de l'insécurité contractuelle engendrée par une acceptation de la théorie de l'imprévision

<sup>131</sup> Flour et Aubert, *supra* note 2 au n° 418. Voir aussi Demogue, *supra* note 2 au n° 634 *bis*.

<sup>132</sup> Voir L. Baudouin, *Le droit civil*, *supra* note 2 à la p. 729.

<sup>133</sup> Martin, «Réception de la théorie de l'imprévision», *supra* note 2 à la p. 622 : «[q]u'un commerçant soit avide de gain ne paraît pas contestable. Mais de là à ce qu'il souhaite que l'avenir lui permette d'exploiter son contractant, il y a un pas que le droit ne devrait pas franchir».

<sup>134</sup> Voir Ghestin, *supra* note 2 à la p. 355, pour qui l'article 1134 Code civ. «est la manifestation du rejet de la théorie de l'imprévision».

<sup>135</sup> Voir par exemple, J.-L. Baudouin, «Theory of Imprevison», *supra* note 2 aux pp. 171-72 ; J.-L. Baudouin, *Les obligations*, *supra* note 2 au n° 425 ; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 2 au n° 285. Voir plus généralement, sur le rôle économique de la certitude, D. Picotte, «Les mécanismes d'encadrement judiciaire des relations commerciales contractuelles et extracontractuelles : évolution et tendances» dans *La morale et le droit des affaires, Les journées Maximilien-Caron 1993*, Montréal, Thémis, 1994, 387 à la p. 417. Voir aussi Marty et Raynaud, *supra* note 2 au n° 251.

<sup>136</sup> Voir Kortmann, *supra* note 17 à la p. 203.

<sup>137</sup> Kortmann, *ibid.* à la p. 204.

<sup>138</sup> *Mémoire au conseil des ministres*, *supra* note 72 à la p. 62.

serait une augmentation sensible des litiges soumis aux tribunaux<sup>139</sup> avec leur cortège de coûts sociaux<sup>140</sup>. «Qui voudra faire affaire, dorénavant, au Québec?»<sup>141</sup> s'exclame le Barreau du Québec devant la possibilité figurant dans l'avant-projet que la réduction des obligations devienne un recours.

Nombreux sont ceux qui redoutent les réactions en chaîne et la ruine de la raison d'être des oeuvres de prévision que sont les échanges contractuels<sup>142</sup> : si les tribunaux s'arrogent le pouvoir de réviser les contrats, ils influenceront directement la conjoncture économique<sup>143</sup> et les entreprises se verront dans l'impossibilité d'évaluer leurs comptes à recevoir<sup>144</sup> : «on va détruire toute confiance, anéantir tout le commerce»<sup>145</sup>. On reproche au législateur d'oublier que le créancier de l'obligation a des engagements à respecter à la suite du contrat conclu avec le débiteur<sup>146</sup>.

En outre, certains soulignent que la révision appelle la révision : le contractant qui la subit la demande à son tour pour les opérations où il est débiteur<sup>147</sup>. Bref, l'économie toute entière serait mise en péril par une acceptation de la théorie de l'imprévision<sup>148</sup> ! À l'instabilité économique généralisée, il faut ajouter les mauvaises intentions de certaines personnes tentées de nouer des relations contractuelles risquées, conscientes qu'elles pourraient être exonérées si la convention devait ne pas se révéler profitable<sup>149</sup>. Finalement, certains s'inquiètent du fait que l'instabilité engen-

<sup>139</sup> M<sup>e</sup> Guy Gilbert, porte-parole du Barreau du Québec est alarmiste : «[r]ien n'est plus mauvais, dans la loi, que l'incertitude. Rien n'est plus mauvais pour les justiciables. L'incertitude engendre la discussion juridique, elle crée la nécessité de recourir aux tribunaux, elle est donc le foyer des litiges». *Journal des débats*, *supra* note 41 à la p. sci-257. Voir aussi les propos du porte-parole de la Confédération des caisses populaires d'économie Desjardins du Québec, *Journal des débats*, *ibid.* à la p. sci-247.

<sup>140</sup> Jean Lambert, porte-parole de la Chambre des notaires, cherche à sensibiliser le législateur aux coûts des litiges pour l'État et par voie de conséquence pour les contribuables. Il avance que les coûts des litiges judiciaires représenteraient 25% des coûts de production. *Journal des débats*, *ibid.* à la p. sci-290.

<sup>141</sup> *Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet*, *supra* note 55 à la p. 54.

<sup>142</sup> Voir Flour et Aubert, *supra* note 2 au n° 418.

<sup>143</sup> Voir Ghestin, *supra* note 2 au n° 266 et Terré, *supra* note 2 au n° 445.

<sup>144</sup> Voir Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec, *Journal des débats*, *supra* note 41 à la p. sci-247.

<sup>145</sup> A. Larouche, *Les obligations : Théorie générale des contrats ; quasi-contrats*, t.1, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982.

<sup>146</sup> Voir Corporation des concessionnaires d'automobiles du Québec, *Journal des débats*, *supra* note 41 à la p. sci-81.

<sup>147</sup> Voir Flour et Aubert, *supra* note 2 au n° 418. Comme le fait remarquer M. Caron dans le contexte des Chartes des droits : «[e]n garantissant l'égalité, le législateur ne devrait toutefois pas recourir à un protectionnisme excessif. [...] Assurer aux individus l'exercice de leur liberté, c'est leur permettre d'être pleinement responsable de leurs actes et de leurs relations». M. Caron, «L'égalité sous le Code civil : L'incidence des Chartes» dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, *Les journées Maximilien-Caron 1991*, Montréal, Thémis à la p. 30.

<sup>148</sup> Voir Mazeaud, *supra* note 2 au n° 730.

<sup>149</sup> Voir J.-L. Baudouin, «Theory of Imprevison», *supra* note 2 aux pp. 171-72 ; Terré, *supra* note 2 au n° 445 ; Margo, *supra* note 2 aux pp. 111-12 et Demogue, *supra* note 2 à la p. 691, qui explique : «[I]es tribunaux ont craint de favoriser la mauvaise foi et de dispenser le débiteur d'efforts pour

drée par une intervention judiciaire provoque à son tour une intervention législative plus importante afin de contrecarrer les effets de l'instabilité économique<sup>150</sup>.

### b. Confrontation avec la réalité

Il est peut-être trop facile d'invoquer le phénomène des réactions en chaîne pour refuser la théorie de l'imprévision<sup>151</sup>. En effet, on semble oublier que, si la doctrine de l'imprévision n'est pas acceptée, une réaction en chaîne se produit également du côté du débiteur. Celui-ci, ruiné par un seul contrat, ne pourra remplir ses engagements contractuels vis-à-vis d'innombrables autres créanciers. Il peut se trouver également que, dans des circonstances imprévisibles à un niveau régional, national ou international, des centaines voire des milliers de débiteurs soient ruinés par un seul contrat qui aurait simplement pu être révisé<sup>152</sup> : l'argument de l'instabilité économique nationale peut donc également être invoqué en faveur de l'acceptation de la théorie de l'imprévision. Autrement dit, un excès de stabilité peut avoir un effet contraire à celui qui est recherché si l'on a une vue d'ensemble des liens contractuels.

Les tribunaux administratifs français, qui n'étaient pas tenus d'appliquer les règles du *Code civil*<sup>153</sup>, ont compris cela. Étant donné la nécessité de continuité du service public, les tribunaux ont cherché avant tout à le préserver et se sont exécutés par le biais de la théorie de l'imprévision<sup>154</sup>. La Cour de cassation peut se montrer indiffé-

s'exécuter. Leur timidité a eu pour but de maintenir l'honnêteté». Au niveau de la technique législative, une condition de non-imputabilité et d'absence de faute pourrait être incluse. Voir, à ce sujet, Ghestin, *supra* note 2 au n° 300 ; Martin, «Réception de la théorie de l'imprévision», *supra* note 2 à la p. 628 et Ommeslaghe, *supra* note 4 à la p. 19.

<sup>150</sup> Voir J.-L. Baudouin, «Theory of Imprevison», *ibid.* à la p. 72.

<sup>151</sup> «Qu'on n'objecte pas : la sévérité n'est pas plus l'injustice que l'indulgence l'équité ; porter toute sa sympathie au débiteur victime des circonstances, c'est sacrifier le créancier qui exige son dû. Ceux qui forment de telles objections n'exagèrent-[...]ils pas les conséquences possibles de la théorie de l'imprévision afin d'écarter un problème embarrassant?» [note omise]. Voirin, *supra* note 2 aux pp. 28-29.

<sup>152</sup> Starck, Roland et Boyer, *supra* note 2 au n° 1226, remarquent très justement : «[e]n cas de hausse imprévisible et considérable des prix, ce n'est pas une ou quelques faillites qui sont à redouter, mais des centaines ou des milliers, avec toutes les conséquences malheureuses qui en résultent, non seulement pour l'entreprise, mais pour l'économie nationale, sans oublier la crise sociale consécutive à la fermeture des établissements ruinés par l'imprévision».

<sup>153</sup> Rousseau-Houle, *supra* note 2 à la p. 263, distingue : «si l'application de la théorie de l'imprévision est favorisée en France par la dualité des juridictions, les tribunaux administratifs n'étant pas tenus d'appliquer les règles du Code civil, il ne peut en aller de même au Québec où les marchés de l'Administration sont soumis aux tribunaux civils». Voir aussi P. Garant, «Les contrats des autorités publiques : évolution récente et approches nouvelles» (1975) 35 R. du B. 275, plus particulièrement à la p. 321 : «[d]ans notre Droit, cette notion de pouvoir de modification unilatérale des contrats relatifs au service public est en principe ignorée. La règle de l'immutabilité contractuelle semble» prévaloir.

<sup>154</sup> Voir la célèbre affaire dite du Gaz de Bordeaux, S.1916.3.17. Pour des commentaires, voir Margo, *supra* note 2 à la p. 129 et s. et plus particulièrement à la p. 131 : «il convient de noter que le juge administratif ne révisé pas, à proprement parler, le contrat. Il le laisse subsister tel qu'il avait été conclu, mais le contractant lésé a le droit d'exiger de l'administration une certaine participation aux per-



rente à la faillite d'une industrie privée ; le Conseil d'État, quant à lui, ne saurait se désintéresser des services publics dont le fonctionnement doit être assuré à tout prix<sup>155</sup> et il a élaboré une jurisprudence respectueuse des deux intérêts en conflit<sup>156</sup>. La différence entre les jurisprudences civile et administrative, au niveau du résultat économique, est profonde<sup>157</sup>.

On peut discuter du particularisme du droit administratif<sup>158</sup> : il existe des situations comparables en droit privé<sup>159</sup> comme les contrats passés par les grandes entreprises industrielles pour la fourniture de leurs matières premières<sup>160</sup>. Dans la sphère du droit public, les tribunaux considèrent que les parties n'ont pas des intérêts antagonistes. Ceux-ci doivent au contraire concourir à la réalisation de l'intérêt général. Pourtant, «l'antagonisme n'est pas le lot inévitable des contrats de droit privé»<sup>161</sup>. De plus, pourquoi est-ce que la faillite d'un débiteur ne présenterait pas un intérêt d'ordre public<sup>162</sup>, surtout lorsque l'on sait qu'une situation donnée peut provoquer la faillite de nombreux débiteurs ? En outre, «derrière un contrat bouleversé se trouvent des emplois, une entreprise et une activité dont le maintien peut se trouver compromis se le contrat est laissé en l'état»<sup>163</sup>.

Une distinction très importante doit être faite à ce stade. La crainte des opposants de la théorie de l'imprévision serait justifiée si le débiteur devait systématiquement être complètement exonéré par les tribunaux. Or, le juge québécois pourrait disposer justement d'autres moyens, à savoir, la modification du contrat et le pouvoir d'imposer la renégociation du contrat afin que celui-ci retrouve son équilibre<sup>164</sup>.

tes qu'il subit dans son exploitation». Ghestin, *supra* note 2 au n° 283 ajoute que le juge administratif invite d'abord les parties à renégocier les termes du contrat et que c'est à défaut d'accord qu'il fixe une indemnité. Voir aussi Mazeaud, *supra* note 2 au n° 735.

<sup>155</sup> Comme Margo, *ibid.* à la p. 114, l'explique : «[l]e particulier qui traite avec elle [l'Administration] assume des obligations particulièrement rigoureuses. [...] Or, si par suite d'événements imprévus, le particulier ne peut exécuter le contrat qu'en se ruinant, il est à craindre que cette ruine se traduise par une interruption de service, ce qui serait nuisible à la collectivité».

<sup>156</sup> Voir Voirin, *supra* note 2 à la p. 11.

<sup>157</sup> Voir Flour et Aubert, *supra* note 2 au n° 415.

<sup>158</sup> Voir la discussion de Popescu, *supra* note 2 à la p. 105 et s. ; Larroumet, *supra* note 2 au n° 423.

<sup>159</sup> Voir Malaurie et Aynès, *supra* note 2 au n° 616.

<sup>160</sup> Exemple donné par Carbonnier, *supra* note 2 au n° 149.

<sup>161</sup> Stoffel-Munck, *supra* note 2 au n° 13.

<sup>162</sup> Voir Starck, Roland et Boyer, *supra* note 2 aux n°s 1225-26.

<sup>163</sup> Voir Stoffel-Munck, *supra* note 2 au n° 15.

<sup>164</sup> Voir par exemple, le par. 6.2.3 des *Principes d'Unidroit*, *supra* note 20 :

- 1) En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.
- 2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.
- 3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.
- 4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable :

Il nous semble que Flour et Aubert ont identifié la confusion fondamentale dans la compréhension du phénomène de l'imprévision :

Une grave équivoque doit être, en effet, dissipée. Ce qui crée l'insécurité, c'est le bouleversement des conditions économiques, spécialement la hausse vertigineuse des prix. Ce fait une fois acquis, on n'y remédie pas par l'*intangibilité du contrat dans une instabilité générale*. Un réajustement a plus de chances de contribuer au rétablissement de la sécurité, en créant les conditions d'un nouvel équilibre [note omise ; italiques de l'original]<sup>165</sup>.

L'application de la théorie de l'imprévision n'est donc pas la première cause d'instabilité économique : celle-ci existe factuellement avant de recevoir un traitement juridique.

On remarquera que cette préoccupation du juriste pour les conséquences économiques du droit<sup>166</sup> n'appartient pas davantage au droit civil qu'elle appartient à la *common law*<sup>167</sup>. Elle résulte de l'expérience vécue de chaque pays<sup>168</sup> : «[I]a théorie de l'imprévision ne présente guère d'intérêt en période de stabilité économique et politique; aussi pourrait-on penser qu'elle serait aujourd'hui d'une extrême utilité»<sup>169</sup>.

Le contexte économique actuel est bien éloigné de celui qui a présidé à la consécration de l'immutabilité des conventions du XIX<sup>e</sup> siècle, dans la mesure où l'instabilité économique et technologique s'est installée dans la durée<sup>170</sup>. On remarque-

- a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou
- b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations.

Voir, sur les sanctions possibles de l'imprévision, Carbonnier, *supra* note 2 au n° 150 ; Demogue, *supra* note 2 au n° 640 ; Ghestin, *supra* note 2 à la p. 331 et s. ; Voirin, *supra* note 2 à la p. 196 et s. ; Margo, *supra* note 2 à la p. 131 ; Martin, «Réception de la théorie de l'imprévision», *supra* note 2 à la p. 631 ; Houde et Dicko, *supra* note 2 à la p. 144.

<sup>165</sup> Flour et Aubert, *supra* note 2 au n° 418.

<sup>166</sup> Selon Coipel, *supra* note 114 à la p. 84, à notre époque : «[I]l s'agit d'une approche économique du droit des contrats est rigoureusement incontournable».

<sup>167</sup> [L]e droit des obligations s'appuie sur un ensemble de principes, expression juridique d'un système de valeurs ; à la fois incarnation et reflet d'un ordre social, moral et économique, il traduit une forme de civilisation. A ce niveau, les politiques juridiques qui sous-tendent une règle de droit ne sont pas intimement liés à une tradition juridique particulière : elles ne sont ni droit civil ni de *common law* ; elles n'expriment que la conception que se font, sur un mode de comportement et à un moment donné, les membres d'une société civile.

Crépeau, *Théorie générale*, *supra* note 1 à la p. 23. On peut donc dire que les propos de M. le juge La Forest, exprimés dans une décision de *common law*, prennent ici toute leur importance : «[c]ertainty in commercial law is, no doubt, an important value, but it is not the only value». *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574 à la p. 666, 61 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 14.

<sup>168</sup> J.-L. Baudouin, «Theory of Imprevision», *supra* note 2 à la p. 155, qui fait aussi cette remarque : «[t]here is very little, if any concern at all for revision or imprévision, in a given country when its currency is sound and prices stabilized. On the contrary, revision will play an important role where inflation and increases in the cost of living affect the stability of long term contractual obligations».

<sup>169</sup> Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 2 au n° 285.

<sup>170</sup> Voir Stoffel-Munck, *supra* note 2 au n° 16.

ra avec intérêt que là où l'instabilité économique a frappé, loge souvent une acceptation législative ou conventionnelle de l'imprévision. L'Allemagne<sup>171</sup>, l'Autriche<sup>172</sup>, la Hongrie<sup>173</sup>, la Pologne<sup>174</sup>, l'Italie<sup>175</sup>, le Portugal<sup>176</sup>, l'Espagne<sup>177</sup>, les Pays-Bas<sup>178</sup>, la Suisse<sup>179</sup>, l'Égypte<sup>180</sup>, la Tunisie<sup>181</sup>, le Maroc<sup>182</sup>, le Brésil<sup>183</sup> et l'Argentine<sup>184</sup>, pays de droit civil<sup>185</sup>, reconnaissent la théorie de l'imprévision dans des formes passablement semblables. Où est le gouffre économique dans lequel l'Allemagne aurait dû tomber pour avoir adopté la théorie de l'imprévision ? L'Allemagne a souffert deux conflits mondiaux qui ont entraîné des conséquences catastrophiques sur sa monnaie et son économie en général. Peut-être que si le Québec connaissait une situation aussi difficile, le législateur se verrait dans l'obligation de reconnaître les vertus de la théorie de l'imprévision.

Les juristes doivent également garder à l'esprit qu'à l'heure des grands marchés économiques, tels que l'ALÉNA et l'Union européenne, une certaine harmonisation s'impose naturellement « afin que chaque acteur économique se trouve dans des conditions concurrentielles équivalentes »<sup>186</sup>. Le législateur québécois doit être conscient également qu'il existe un véritable marché législatif<sup>187</sup> : les parties ont le choix de la loi applicable à leur relation contractuelle. Le manque de flexibilité du système québécois, dû à une peur injustifiée et irraisonnée de la menace de l'insécurité des transactions, pourrait justement priver l'économie québécoise de certains foyers contractuels intéressants<sup>188</sup>.

<sup>171</sup> Voir J.-L. Baudouin, «Theory of Imprevision», *supra* note 2 aux pp. 155-57 ; Kortmann, *supra* note 17 à la p. 210 ; Margo, *supra* note 2 à la p. 194 et s. ; Demogue, *supra* note 2 au n° 649 ; Ghestin, *supra* note 2 à la p. 361 et Popescu, *supra* note 2 à la p. 171 et s.

<sup>172</sup> Voir Demogue, *ibid.* au n° 645 et Margo, *ibid.* à la p. 201.

<sup>173</sup> Voir Margo, *ibid.*

<sup>174</sup> Voir *ibid.* à la p. 202.

<sup>175</sup> Voir Margo, *ibid.* à la p. 191 et s. ; Demogue, *supra* note 2 au n° 646 ; Ghestin, *supra* note 2 à la p. 363 ; Popescu, *supra* note 2 à la p. 157 et s.

<sup>176</sup> Voir Demogue, *ibid.* au n° 647.

<sup>177</sup> Voir *ibid.* au n° 648.

<sup>178</sup> Voir Kortmann, *supra* note 17 à la p. 211 et Ghestin, *supra* note 2 à la p. 364.

<sup>179</sup> Voir J.-L. Baudouin, «Theory of Imprevision», *supra* note 2 aux pp. 155-57 ; Margo, *supra* note 2 à la p. 199 et s. ; Demogue, *supra* note 2 au n° 650 et s. et Ghestin, *supra* note 2 à la p. 362.

<sup>180</sup> Voir Ghestin, *ibid.* à la p. 364.

<sup>181</sup> Voir Demogue, *ibid.* au n° 651.

<sup>182</sup> Voir *ibid.*

<sup>183</sup> Voir *ibid.* au n° 652.

<sup>184</sup> Voir *ibid.* au n° 653.

<sup>185</sup> Voir Ghestin, *supra* note 2 à la p. 363. La Grande-Bretagne reconnaît également la *frustration* du contrat. Voir Margo, *supra* note 2 à la p. 203.

<sup>186</sup> Ghestin, *ibid.* au n° 317 et voir Stoffel-Munck, *supra* note 2 au n° 17.

<sup>187</sup> C'est notamment pour répondre aux besoins de ce marché législatif que d'éminents juristes ont formé Unidroit et se sont penchés sur la formulation des *Principes d'Unidroit*, *supra* note 20, qui, on se rappellera, consacrent la théorie de l'imprévision à l'article 6.2.

<sup>188</sup> Rien n'empêche d'avoir une règle claire consacrant la théorie de l'imprévision : «à l'aube ou au pas du libre-échange, il demeure que nos frontières sont de moins en moins rebelles et, donc, comme

Ommeslaghe recense les conventions dans lesquelles figurent généralement des clauses de «hardship»<sup>189</sup> : les contrats de livraison conclus pour une durée déterminée ou destinés à produire leurs effets après un certain temps et, notamment, les contrats portant sur le pétrole, la gaz naturel, l'acier ou autres produits métallurgiques, le coke, le charbon, des minerais, des produits agricoles ; les contrats tendant à la construction de grands ensembles industriels, miniers, agricoles ou immobiliers et particulièrement les contrats dits «clés sur porte» ; les contrats de travaux publics et privés ; les contrats d'assistance technique, d'ingénierie et de savoir-faire ; les contrats de licences de brevets, marques, droits de propriété intellectuelle et industrielle ; les contrats de gestion pour compte d'autrui portant notamment sur des mines, des entreprises industrielles ou agricoles ; les contrats de concession d'exploitation ; les contrats de commercialisation (d'une production agricole ou minière par exemple) ; les contrats d'agence de distribution, de concession de vente ; les contrats de transport à long terme et particulièrement de transport maritime ; les contrats de travail à long terme ; et enfin, les contrats établis par plusieurs entreprises en vue d'une activité conjointe pendant un certain temps dans le domaine de la recherche, de la commercialisation, de l'exploitation, de la recherche minière. Ommeslaghe cite encore d'autres conventions mais celles-ci pourraient mériter un régime particulier : les conventions d'emprunts internationaux et les conventions relatives aux investissements étrangers dans un pays déterminé<sup>190</sup>.

L'imprévision est reconnue de façon conventionnelle dans les transactions internationales<sup>191</sup>, l'introduction d'une clause dite de «hardship» étant devenue pratique courante car nécessaire : une multitude d'événements peuvent perturber le déroulement d'une transaction internationale, la prévention et la répartition des risques revêt donc une importance primordiale pour les parties au contrat. Les praticiens ont développé la clause de *hardship* pour répondre à leur besoin de stabilité : la clause d'imprévision est d'ailleurs souvent appelée clause de «sauvegarde»<sup>192</sup>. Résultant de la volonté des parties<sup>193</sup>, la validité de ces clauses ne devrait pas être remise en

---

société nous nous ouvrons davantage à ce qui se passe à l'extérieur d'où l'utilité d'avoir des règles du jeu claires pour toute personne qui veut vivre ou faire affaire au Québec». M. Claude Filion, porte-parole de l'opposition, *Journal des débats*, *supra* note 41 à la p. sci-271.

<sup>189</sup> Cette expression ne semble pas avoir reçu de traduction en français, mise à part l'expression moins colorée de «clause d'imprévision». Ghestin, *supra* note 2 au n° 286. «Hardship» signifie «épreuve» : «[l']exécution du contrat devient "éprouvante" pour l'une des parties». Malaurie et Aynès, *supra* note 2 au n° 620.

<sup>190</sup> Ommeslaghe, *supra* note 4 aux pp. 8-9.

<sup>191</sup> Nous sommes d'avis que la théorie de l'imprévision a sa place tant dans les transactions internationales que nationales et locales. Il se trouve seulement que les échanges internationaux, de par leur nature, comportent des contingences plus nombreuses.

<sup>192</sup> Voir Karim, *supra* note 16 à la p. 221.

<sup>193</sup> «Il est heureux que notre libéralisme juridique autorise les contractants à se servir à loisir des mécanismes susceptibles de préserver l'équilibre des considérations». J.-R. Garon et 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 à la p. 419.

cause<sup>194</sup>. L'inconvénient de ces clauses réside dans leur imprécision<sup>195</sup> et leur diversité : cette pratique appelle donc justement une intervention législative et le développement subséquent d'une jurisprudence dont l'interprétation procurera aux parties la certitude et le support nécessaires.

Le législateur québécois doit faire preuve de réalisme juridique et, pourtant, il refuse la théorie de l'imprévision : «[c]'est pousser loin le conservatisme libéral que de fermer les yeux sur les réalités monétaires»<sup>196</sup>. Il faut éviter de se perdre dans des abstractions<sup>197</sup> et chercher aveuglément à protéger<sup>198</sup> certains principes qui n'ont plus leur raison d'être dans un certain contexte<sup>199</sup>.

Si l'on considère que le contrat est une source de prévision ou une emprise sur l'avenir, «la sécurité des transactions ne peut qu'être au service du maintien de ces prévisions»<sup>200</sup>. La stabilité des contrats est alors assurée par leur adaptation. Demogue décrit bien la conception du contrat qui devrait prévaloir à notre époque : «[e]n face des circonstances nouvelles, il faut le répéter : le contrat qui est une chose vivante ne peut être absolument rigide. Vivre, c'est se transformer en restant dans une certaine direction générale. La révision du contrat s'impose donc» [note omise]<sup>201</sup>. Le respect absolu du contrat est contraire à son rôle économique.

Bref, la flexibilité peut être une politique juridique si l'on considère qu'il est néfaste qu'une personne soit tenue à des engagements devenus excessivement onéreux ou qu'une personne soit créancière d'une obligation devenue sans valeur aucune<sup>202</sup>. L'enjeu est certainement la sécurité des conventions, mais nous estimons que la sta-

<sup>194</sup> Les clauses de «hardship» sont mises à l'écart dans les régimes où les dispositions législatives sur l'imprévision sont impératives, comme c'est le cas en droit algérien et comme le prévoyait le second alinéa de l'article 73 du *Rapport du Comité du droit des obligations de l'O.R.C.C.*, *supra* note 42 à la p. 116. Voir Houde et Dicko, *supra* note 2 à la p. 146 ; Carbonnier, *supra* note 2 au n° 152 et Colin et Capitant, *supra* note 2 au n° 867.

<sup>195</sup> Voir Ghéstin, *supra* note 2 au n° 286.

<sup>196</sup> Tancelin, *supra* note 2 au n° 245. Comme le rappelle Martin, «Réception de la théorie de l'imprévision», *supra* note 2 à la p. 602 : «[l']inflation et la fluctuation monétaire ne représentent plus de simples incidents de parcours. Elles sont désormais institutionnalisées et constituent des leviers économiques. Mais, surtout, elles ne sont qu'une partie des sources de l'instabilité contractuelle».

<sup>197</sup> Comme Crépeau le souligne dans *Théorie générale*, *supra* note 1 : «[o]n doit [...] éviter de se perdre dans les abstractions et s'assurer que, dans le respect d'un système juridique, les déductions logiques proposent des solutions réalistes et raisonnables».

<sup>198</sup> L'attachement de la Cour de cassation à l'adage *pacta sunt servanda* paraît bien conceptuel lorsque l'on constate l'imposante minorité des décisions des tribunaux inférieurs, plus proches des justiciables, qui ont eu tendance, en France, à accepter la théorie de l'imprévision. Voir Voirin, *supra* note 2 à la p. 31.

<sup>199</sup> Coipel, *supra* note 114 à la p. 98, dit des obligations : «[c]ette belle matière met en évidence de façon éclatante que le droit est l'art de concilier l'esprit de géométrie et l'esprit de finesse ; de jongler avec les concepts abstraits en restant attentif aux réalités vivantes ; de chercher à tâtons, en une quête jamais aboutie, les solutions équilibrées et raisonnables».

<sup>200</sup> Stoffel-Munck, *supra* note 2 au n° 63.

<sup>201</sup> Demogue, *supra* note 2 à la p. 697.

<sup>202</sup> «[L]es arguments fondés sur l'efficacité économique peuvent eux-mêmes être perçus comme dotés d'un caractère moral». McLachlin, *supra* note 117 à la p. 10.

bilité passe par la flexibilité et non pas par la rigidité. Les briques de l'édifice contractuel doivent pouvoir absorber les tremblements causés par les événements imprévus sous peine de voir toute la construction s'écrouler<sup>203</sup>.

### 3. De la judiciarisation des contrats : des choix législatifs certains malgré des dangers présumés

#### a. Dangers

La flexibilité du contrat passe par une certaine intervention judiciaire. Or, nombreux sont ceux qui invoquent l'incompétence des magistrats pour régler les conséquences d'une acceptation de la théorie de l'imprévision : le juge ne serait pas en position d'évaluer les conséquences de sa décision sur l'économie nationale<sup>204</sup>. Seul le législateur serait de taille à pouvoir prendre de telles responsabilités<sup>205</sup>.

On doit cependant garder à l'esprit que seule une absence d'expression de volonté de la part des parties pourra donner lieu à une intervention judiciaire : si les parties ont d'ores et déjà stipulé la façon dont leur relation contractuelle devrait réagir<sup>206</sup> à certains changements de circonstances<sup>207</sup>, leur volonté doit être respectée.

Certains craignent aussi qu'en judiciarisant les rapports contractuels, on se rapproche dangereusement de l'approche de *common law* et que le droit civil québécois s'en trouve ainsi dénaturé<sup>208</sup>. L'«inflation judiciaire» inquiète également lorsque la comparaison du nombre d'avocats dans les pays de *common law* et les pays de droit civil est faite<sup>209</sup>, sans compter que le recours aux tribunaux est très inégal<sup>210</sup>.

On reproche également aux tribunaux d'utiliser leurs pouvoirs comme des outils pour atteindre leurs visées : «[a]insi le droit du contrat [...] n'aurait pas de significa-

<sup>203</sup> Tancelin, *supra* note 2 au n° 245, note judicieusement : «le droit est fait *vigilantibus, non dormientibus*». On se rappellera également que chaque nouvelle intervention législative engendre une certaine instabilité : «[i]l y a uniquement l'énorme statu quo qui empêche l'incertitude», C. Filion, porte-parole de l'opposition, *Journal des débats, supra* note 41 à la p. sci-271.

<sup>204</sup> Voir Terré, *supra* note 2 au n° 445.

<sup>205</sup> Voir Marty et Raynaud, *supra* note 2 au n° 251 ; Malaurie et Aynès, *supra* note 2 au n° 619 et Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 2 au n° 285.

<sup>206</sup> Voir Houde et Dicko, *supra* note 2 à la p. 146 et s. ; Moisan, *supra* note 6 ; Martin, «La prévention contractuelle des litiges», *supra* note 4 ; A. Prujiner, *supra* note 6. Voir plus généralement, Terré, *supra* note 2 au n° 447 et s. ; Malaurie et Aynès, *ibid.* au n° 620 et Ghestin, *supra* note 2 au n° 285 et s.

<sup>207</sup> Ommeslaghe, *supra* note 4 aux pp. 8-9, recense les conventions dans lesquelles figurent généralement des clauses de «hardship». Voir *supra* note 189 et texte correspondant.

<sup>208</sup> Voir Jean Lambert, porte-parole de la Chambre des notaires, *Journal des débats, supra* note 41 à la p. sci-290.

<sup>209</sup> La Chambre des notaires énonce des chiffres impressionnants. Les États-unis compteraient un avocat pour 320 personnes, le Canada un pour 433, l'Europe un pour 2300, le Japon un pour 10300. *Journal des débats, supra* note 41 à la p. sci-291 : «[I]e coût social de ce juridisine débridé est énorme».

<sup>210</sup> D'après la Chambre des notaires, *Journal des débats, ibid.* à la p. sci-292, seuls 20% des citoyens auraient accès au système judiciaire.

tion déterminée. Il serait plutôt question de coquilles vides à l'intérieur desquelles le juge insérerait la signification qui lui convient<sup>211</sup>. Même si d'autres seraient prêts à faire confiance à la magistrature, ils soulignent le coût de cette confiance, soit une divergence des décisions donnant lieu à une certaine incertitude<sup>212</sup> qui menacerait la sécurité des transactions<sup>213</sup>.

*b. Un choix législatif certain favorisant la judiciarisation des contrats<sup>214</sup>*

Nombreux sont ceux qui soutiennent que la judiciarisation est inévitable<sup>215</sup>, même si la force obligatoire du contrat exclut en principe toute intervention judiciaire<sup>216</sup>, compte tenu de la nécessité de recourir aux tribunaux pour corriger des iniquités graves et déterminer l'existence ou la portée d'un droit. D'ailleurs, le gouvernement et le législateur font confiance aux tribunaux<sup>217</sup>.

Le législateur a accordé de grandes responsabilités aux tribunaux<sup>218</sup>. Dans le *Code civil du Québec*, le tribunal peut beaucoup de choses. La création judiciaire en matière contractuelle n'est plus un mythe<sup>219</sup> : « According to traditional civil law principles the role of the courts should be limited to the interpretation of the Code and statutes. [...] The truth, however, is different. Often civilian courts will go beyond mere interpretation and do in fact create law »<sup>220</sup>. L'avènement le plus remarquable est certainement celui des obligations contractuelles implicites<sup>221</sup>. Le mandat contractuel judiciaire est également sans équivoque<sup>222</sup> dans le cas des

<sup>211</sup> P. Legrand fils, «L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge» (1991) 22 R.D.U.S. 109 à la p. 147.

<sup>212</sup> Voir J.-L. Baudouin, «Theory of Imprevison», *supra* note 2 aux pp. 171-72.

<sup>213</sup> Voir Picotte, *supra* note 135 à la p. 417.

<sup>214</sup> Voir Guy, *supra* note 89 à la p. 470.

<sup>215</sup> «[I] est vrai que l'élargissement de la discrétion judiciaire est un fait nouveau par rapport au droit civil tel qu'il existait en 1866», J.-L. Baudouin, «Conférence de clôture», *supra* note 76 à la p. 226.

<sup>216</sup> Voir P. Ciotola, «L'intervention de l'État dans le droit des contrats : vers une publicisation du droit des contrats ?» (1986) 20 R.J.T. 169 à la p. 190.

<sup>217</sup> Voir *Mémoire au conseil des ministres*, *supra* note 72 à la p. 9.

<sup>218</sup> La mise en oeuvre de nombreuses dispositions de lois d'ordre public économique confère souvent aux juges une *mission nouvelle* pouvant aller jusqu'à l'appréciation de l'opportunité d'une conduite légale ou encore l'appréciation de la portée économique et politique du texte à appliquer. *On leur demande de répondre* à des questions qui sont du domaine de l'expertise économique ou de se prononcer sur les conséquences sociales des mesures législatives [nos italiques].

T. Rousseau-Houle, «Le fondement moral du droit des affaires : Les applications en droit civil québécois» dans *La morale et le droit des affaires, Les journées Maximilien-Caron 1993*, Montréal, Thémis, 1994, 15 à la p. 24.

<sup>219</sup> Voir Martin, «Réception de la théorie de l'imprévision», *supra* note 2 aux pp. 618-19.

<sup>220</sup> Haanappel, *supra* note 88 à la p. 394.

<sup>221</sup> Voir article 1024 C.c.B.-C. et 1434 C.c.Q.

<sup>222</sup> Voir P.-G. Jobin, «La révision du contrat par le juge dans le Code civil» dans *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 399 à la p. 400.

clauses abusives<sup>223</sup> et pénales<sup>224</sup>, des clauses restrictives de concurrence<sup>225</sup>, du préavis d'exécution par le créancier<sup>226</sup> et de la réduction des obligations<sup>227</sup>.

Il faut souligner que les tribunaux ont plus souvent qu'autrement fait preuve de retenue dans l'exercice des pouvoirs qui leur étaient conférés pour la révision d'un contrat. On n'a pu constater d'abus en matière de droit de la consommation concernant les dispositions très larges reconnaissant la lésion<sup>228</sup>. Si les juges bénéficient d'une certaine liberté, celle-ci ne tombe certainement pas dans l'arbitraire<sup>229</sup>.

La crainte de voir planer un degré d'incertitude est légitime, mais le flottement ne sera que temporaire et les doutes s'estomperont lorsque les tribunaux auront fixé les balises de leur discrétion, ce qui ne saurait tarder<sup>230</sup>. Si la théorie de l'imprévision devait être acceptée, les tribunaux pourraient de plus compter sur les parties qui sauront faire valoir leurs intérêts et guider le juge sur la révision de leurs obligations. En outre, en aucun cas, le contractant victime de sa propre turpitude ne pourra compter sur la sympathie judiciaire<sup>231</sup>.

<sup>223</sup> Voir articles 1437, 1901 et 2641 C.c.Q.

<sup>224</sup> Voir articles 1623 et 1901 C.c.Q.

<sup>225</sup> Voir article 2089 C.c.Q.

<sup>226</sup> Voir les articles 2758, 2761, 2762 et 2781 C.c.Q. Voir aussi l'article 2332 C.c.Q., les articles 1168, 1169, 1204 C.c.Q., l'article 1512 C.c.Q., les articles 1743 et 2778 C.c.Q. ainsi que les articles 1749, 2748 et 2778 C.c.Q.

<sup>227</sup> Voir les articles 1407, 2332, 1953 et 1408 C.c.Q. et plus particulièrement les articles 1590 et 1604 C.c.Q., d'application universelle, qui prévoient la réduction des obligations conséquemment à toute faute contractuelle.

<sup>228</sup> G. Rémillard fait cette remarque dans le *Mémoire au conseil des ministres*, *supra* note 72 à la p. 18. Voir également les propos de la Commission des services juridiques, *Journal des débats*, *supra* note 41 aux pp. 106 et 269 ; Ciotola, *supra* note 216 à la p. 198. *Contra* : D. Burman, «Le déclin de la liberté au nom de l'égalité» dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, *Les journées Maximilien-Caron 1990*, Montréal, Thémis, 1991, 55 aux pp. 61-62.

<sup>229</sup> Voir Rousseau-Houle, *supra* note 218 la p. 31. Coipel, *supra* note 114 à la p. 91, se déclare même prêt à prendre le pari suivant :

un Code civil moderne qui se serait montré frileux dans la protection du contractant le plus faible serait interprété extensivement par la jurisprudence ; à l'inverse, un Code qui aurait poussé très loin les exigences de la justice contractuelle serait interprété restrictivement.

Les législateurs passent! Les juges, eux, continuent imperturbablement, parfois timorés, parfois excessifs, procédant par essais et erreurs, à rechercher les solutions équilibrées et raisonnables.

<sup>230</sup> Comme le note J.-L. Baudouin, «Conférence de clôture», *supra* note 76 à la p. 227 : «Rappelons-nous [...] l'exemple de la prestation compensatoire ou de la somme globale. Il n'a quand même pas fallu un quart de siècle pour que la jurisprudence parvienne à dégager les critères applicables et à atteindre ainsi un certain degré de certitude et de prévisibilité raisonnable des résultats».

<sup>231</sup> Voir Ciotola, *supra* note 216 à la p. 198.



Finalement, il faut souligner que l'intervention des tribunaux pourrait seulement suppléer à l'impossibilité pour les parties de négocier le nouvel aménagement du contrat<sup>232</sup>.

#### 4. De la reconnaissance ponctuelle de l'imprévision par les législateurs québécois et français

Avant d'aborder les cas de reconnaissance de l'imprévision, il faut savoir qu'il existe des cas où le législateur se refuse expressément à reconnaître tout impact à la survenance d'une circonstance imprévue. Il s'agit du préjudice subi par un mineur, partie à un contrat, qui résulte d'un événement casuel et imprévu : le mineur ne peut exercer l'action en nullité ou en réduction de ses obligations (art. 164 C.c.Q.)<sup>233</sup>. De même, le débiteur d'une somme d'argent est libéré par la remise au créancier de la somme nominale prévue, en monnaie ayant cours légal lors du paiement (art. 1564 C.c.Q.).

En droit de la consommation, le juge peut être appelé, jusqu'à un certain point<sup>234</sup>, à tenir compte de circonstances imprévues modifiant l'équilibre contractuel par le jeu des articles 107, 117 et 144 de la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>235</sup>, concernant l'obligation de paiement dans le cadre du contrat de crédit.

Grâce à certaines dispositions du *Code civil du Québec*, le juge devra faire un exercice semblable d'évaluation des charges contractuelles. En vertu de l'article 1834 C.c.Q., en matière de donation, «[l]a charge qui, en raison de circonstances imprévisibles lors de l'acceptation de la donation, devient impossible ou trop onéreuse pour le donataire, peut être modifiée ou révoquée par le tribunal, compte tenu de la valeur de la donation, de l'intention du donateur et des circonstances» [nos italiques]<sup>236</sup>.

En outre, en vertu de l'article 1294 C.c.Q., «lorsqu'une fiducie a cessé de répondre à la volonté première de son constituant, notamment par suite de circonstances inconnues de lui ou imprévisibles qui rendent impossible ou trop onéreuse la poursuite du but de la fiducie», le juge pourra mettre fin à la fiducie ou lui substituer un autre but (dans le cas d'une fiducie d'utilité sociale).

---

<sup>232</sup> *Principes d'Unidroit*, supra note 20, l'alinéa 6.2.3(3) prévoit : «[f]aute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal». Voir aussi, Crépeau, *Les Principes d'Unidroit et le Code civil du Québec: valeurs partagées?*, supra note 19 à la p. 83.

<sup>233</sup> La solution était tout à fait différente en vertu de l'article 322 C.c.B.-C. qui permettait la réduction des obligations «au cas d'excès» : les tribunaux devaient aussi prendre en considération «la fortune du mineur». Voir Pineau, Burman et Gaudet, supra note 2 au n° 285. Voir l'article 1004 C.c.B.-C. qui édictait que le mineur «n'est pas restituable pour cause de lésion lorsqu'elle ne résulte que d'un événement casuel et imprévu».

<sup>234</sup> Voir J.-L. Baudouin, *Les obligations*, supra note 2 au n° 425.

<sup>235</sup> Supra note 52.

<sup>236</sup> On retrouve une disposition presque identique en matière testamentaire à l'article 771 C.c.Q.

La théorie de l'imprévision n'a donc pas été retenue sur le plan des principes dans le nouveau *Code*. Le législateur québécois a cependant clairement éprouvé le besoin de prévoir certaines applications exceptionnelles de la doctrine de l'imprévision<sup>237</sup>.

En France, les interventions législatives consacrant l'imprévision ont été fort nombreuses après la seconde guerre mondiale : elles ont porté principalement sur les baux d'habitation ruraux et commerciaux, la propriété littéraire et artistique, les rentes viagères, les donations, le besoin urgent de la chose prêtée à usage et le droit de réclamer à tout moment la chose déposée. Les interventions législatives visaient tantôt la durée du contrat, tantôt les montants des prestations<sup>238</sup>.

La question qui se pose est la suivante : une intervention législative ponctuelle suffit-elle ? Beaucoup pensent que seules des dispositions précises et temporaires sont appropriées<sup>239</sup>. La raison souvent donnée est que la théorie «ne peut, au fond, servir que de mécanisme d'appoint ou de secours dans des situations exceptionnelles et particularisées»<sup>240</sup>. On peut cependant penser qu'au contraire, en multipliant les lois spéciales, on ébranle l'unité du droit civil québécois et sa cohérence.

On peut aussi avancer que la question de l'imprévision appartient à toutes les époques et qu'elle est mise en évidence par la survenance de divers événements extérieurs. En consacrant la théorie de l'imprévision dans le *Code civil*, on pourrait empêcher des «solutions [législatives] hâtives, inachevées et inadéquates»<sup>241</sup>. Ce genre de préoccupation n'est pas étranger au législateur québécois, qui semble avoir adopté l'article 1294 C.c.Q. afin d'éviter une procédure longue et coûteuse d'adoption de lois d'intérêt privé<sup>242</sup>.

En fait, des solutions législatives ponctuelles ne peuvent régler que les problèmes résultant de circonstances imprévues touchant un grand nombre de contractants.

<sup>237</sup> Voir Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 2 au n° 285.

<sup>238</sup> Voir, pour une description précise : Ghestin, *supra* note 2 au n° 270 et s. ; Demogue, *supra* note 2 au n° 634 bis et s. ; Marty et Raynaud, *supra* note 2 au n° 251 et s. ; Starck, Roland et Boyer, *supra* note 2 au n° 1236 et s. ; Carbonnier, *supra* note 2 au n° 144 ; Mazeaud, *supra* note 2 au n° 737 ; Terré, *supra* note 2 aux n° 442-43 ; Margo, *supra* note 2 à la p. 148 et s. ; Stoffel-Munck, *supra* note 2 à la p. 29 et s. et Voirin, *supra* note 2 à la p. 29 et s.

<sup>239</sup> Voir Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 2 au n° 285 ; J.-L. Baudouin, *Les obligations*, *supra* note 2 au n° 425 ; Marty et Raynaud, *supra* note 2 au n° 251 et Malaurie et Aynès, *supra* note 2 au n° 619.

<sup>240</sup> J.-L. Baudouin, *Les obligations*, *ibid.* au n° 425.

<sup>241</sup> Voirin, *supra* note 2 à la p. 6, qui écrit aussi :

Et même s'il est vrai que la guerre doit être considérée comme le domaine par excellence où l'imprévision se développe sinon exclusivement, du moins avec une intensité particulière, encore faudrait-il étudier la question pour elle-même, en la détachant un peu des contingences de la guerre de 1914 afin qu'au cas où éclateraient de nouveaux conflits on sache à quoi s'en tenir et que la connaissance des intérêts qui se choquent, dégagés avec netteté, classés et hiérarchisés, contribue à conjurer le péril des solutions hâtives, inachevées et inadéquates, dont la jurisprudence et surtout la législation de la dernière guerre offrent également le spectacle [note omise ; nos italiques].

Voirin, *supra* note 2 à la p. 6.

<sup>242</sup> Voir *Commentaires du ministre*, t.1, Québec, Les Publications du Québec, 1993 à la p. 772.

Pourtant, on peut fort bien imaginer des cas isolés d'imprévision tout aussi onéreux pour l'une des parties au contrat. Par conséquent, des solutions législatives sporadiques ne pourraient que créer des inégalités de traitement car «[l]e législateur n'est pas capable de livrer du sur mesure pour chaque cas individuel»<sup>243</sup>.

Ce qui est encore plus grave, c'est qu'«une législation détaillée risque de dénaturer le droit des contrats»<sup>244</sup> dans la mesure où la démarche du civiliste est de «bâtir un système»<sup>245</sup>. Le juriste ne doit pas reculer devant la difficulté de sa tâche<sup>246</sup>.

## Conclusion

Lors de la réforme du *Code civil*, si les divers intervenants avaient eu le loisir de se prononcer sur la théorie de l'imprévision en commission parlementaire, il y a fort à parier qu'ils auraient invoqué aveuglément le principe de l'autonomie de la volonté et son corollaire traditionnel, la sécurité des conventions, sans songer, d'une part, que ces deux principes peuvent parfois entrer en contradiction et, d'autre part, qu'ils pourraient bénéficier de l'application de la théorie de l'imprévision en tant que débiteurs écrasés par le fardeau contractuel ou comme créanciers d'une obligation devenue insignifiante.

Le respect du contrat dans des circonstances imprévisibles rendant son exécution excessivement onéreuse pour l'une des parties est contraire à son rôle économique. L'insécurité naît du bouleversement des conditions extérieures au contrat et non, comme certains voudraient le faire croire, de l'application de la théorie de l'imprévision. Celle-ci est justement le moyen désigné pour lutter contre l'instabilité générale car la stabilité du contrat passe par sa flexibilité, sa capacité à s'adapter : la souplesse doit être la réponse aux changements. Cette réflexion n'a malheureusement pas été menée avec suffisamment de sérieux au Québec lors de la réforme, pourtant si capitale, du *Code civil*.

---

<sup>243</sup> Kortmann, *supra* note 17 à la p. 216.

<sup>244</sup> *Ibid.*

<sup>245</sup> Crépeau, *Théorie générale*, *supra* note 1 à la p. 39. Voir aussi Haanappel, *supra* note 88 à la p. 397 : «In making ad hoc amendments to a civil code utmost care should be taken in preserving the system, harmony and language of the code».

<sup>246</sup> Comme J.-L. Baudouin le rappelle, «Theory of Imprevison», *supra* note 2 à la p. 173 : «the difficulties of drafting adequate legislation on the subject should be no excuse to avoid the problem».