

Les Cahiers de droit



L'adaptation des rapports juridiques de droit privé aux circonstances économiques au Canada et en particulier dans la province de Québec

Maurice Tancelin

Volume 12, Number 3, 1971

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004932ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004932ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Tancelin, M. (1971). L'adaptation des rapports juridiques de droit privé aux circonstances économiques au Canada et en particulier dans la province de Québec. *Les Cahiers de droit*, 12(3), 419–438. <https://doi.org/10.7202/1004932ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1971

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

L'adaptation des rapports juridiques de droit privé aux circonstances économiques

au Canada et en particulier dans la province de Québec

Maurice TANCELIN *

	Page
Introduction	420
SECTION I : L'influence des circonstances économiques sur la législation déterminant le contenu des rapports juridiques privés	422
1. <i>Dispositions temporaires et partielles, expression d'une économie libérale sur la défensive</i>	422
A. Mesures de guerre	422
B. Législation sur les loyers	422
C. Protection du consommateur – emprunteur	423
2. <i>Dispositions permanentes et générales, expression d'une économie de croissance</i>	426
A. Droit social	426
B. Droit du travail	427
SECTION II : L'influence des circonstances économiques sur la libre détermination du contenu des contrats privés	428
1. <i>Les clauses relatives à l'intérêt, réponse à une inflation modérée</i>	428
A. La participation du prêteur aux revenus de l'emprunteur	429
B. L'abrègement du terme convenu	431
2. <i>Les clauses de sauvegarde du capital, réponse à une inflation galopante</i>	431
A. Clauses-or et valeur-or	431
B. Clauses-devises	431
C. Clauses d'indexation	432
D. Contrats à prestations variables	434
Conclusion	437

* Professeur à l'Université Laval; assisté de Yves CAZELAIS, Denis PÉPIN et René PÉRIN. Le texte est celui d'un rapport présenté au congrès de l'Association Henri Capitant, tenu à Istanbul, en septembre 1971.

Introduction

La dépréciation de la monnaie commence à prendre en Amérique du Nord un tour inquiétant. Le problème est en effet nouveau car, mise à part la grande dépression, ce continent a été dans une situation privilégiée à ce point de vue là aussi, jusqu'à maintenant. C'est sans doute la raison pour laquelle l'adaptation aux circonstances économiques n'a pas beaucoup attiré l'attention des juristes au Canada, sauf dans certains secteurs nouveaux, tels que le droit social. C'est probablement aussi pourquoi ce problème n'a pas fait l'objet d'études nombreuses. Un sondage des revues juridiques canadiennes donne un bilan très maigre au point de vue de la recherche sur notre question. Sauf erreur, aucune revue publiée par les universités canadiennes n'en souffre mot. Il est vrai que ces revues sont généralement très jeunes. Seules les revues des ordres professionnels, qui sont encore la tribune privilégiée des juristes canadiens, contiennent quelques études sur les conséquences de l'inflation.

Cette situation contraste avec celle des Etats-Unis où l'intérêt pour les effets de la situation économique a toujours été très vif. Déjà la clause-or avait suscité de nombreuses études¹. L'intérêt de la doctrine américaine s'est évidemment porté sur les clauses non prohibées et sur la recherche de leur légalité². Une attention soutenue est donnée aux solutions étrangères³, grâce parfois à des études de première main⁴.

L'objet de cette étude se limite aux solutions concernant la province de Québec, c'est-à-dire au droit provincial québécois et au droit fédéral canadien, ce qui nous permettra d'étendre notre étude au Canada en entier dans la mesure où l'on examinera le droit fédéral; autrement dit, nous laisserons de côté les droits provinciaux des neuf provinces anglophones, sauf pour des références occasionnelles.

Si l'inflation a été peu sensible au Canada jusqu'à une date récente, elle est loin d'y constituer un phénomène entièrement nouveau. On en trouve un signe dans l'attitude des juges face à l'évaluation des dommages-intérêts en matières délictuelle. La date d'évaluation n'est

¹ *L'Index to Legal Periodicals* montre que l'intérêt soulevé par la prohibition de la clause-or a duré jusqu'en 1936 et ne s'est pas éteint depuis. F. A. MANN, *Gold Clauses in Domestic Contracts*, (1957) 73 *Law Quat. Rev.* 181.

² H. U. SIMMS, *Currency and Sliding Scales Clauses in Contracts*, (1954) 15 *Alabama Lawyer* 5; J. L. CALL, *Money and the Sliding Scale Clause in Contracts*, (1959) 24 *Missouri Law Rev.* 44; HASTINGS, *Probable Legal Consequences of Inserting Price-index Clauses in Long Term Corporate Obligations*, (1967) 18 *The New Law Journ.* 959; G. KATV, *Contracts under Monetary Fluctuations: the Legal Effects of Devaluation*, (1970) 65 *Northwest, Univ. Law Rev.* 533; E. HIRSCHBERG, *Effects of Devaluation in Private Legal Obligations*, (1971) 88 *Bank. Law Journ.* 112.

³ R. E. HAUSER, *Use of Index Clauses in Private Loans: a Comparative Study*, (1958) 7 *Am. Journ. of Comp. Law* 350; du même auteur, *Index Clauses in Private Loans since the Advent of the Fifth Republic in 1958*, (1964) 13 *Am. Journ. of Comp. Law* 606.

⁴ M. VASSEUR, *Derniers développements du droit des clauses monétaires en France*, (1955) 4 *Int. and Comp. Law Quat.* 315; J. P. LEVY, « *Sliding Scale* » or « *Indexation* » *Clauses in French Law*, (1966) 16 *Am. Univ. Law Journ.* 35.

plus unanimement considérée comme devant être celle du dommage⁵. La tendance est au contraire à se placer au jour du jugement pour tenir compte de la dépréciation monétaire, aussi bien aux États-Unis qu'en Grande-Bretagne⁶. La jurisprudence canadienne semble être arrivée à la même solution. Sur appel d'une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la Cour suprême du Canada a décidé que le *quantum* de l'indemnité devait être évalué au jour du jugement et comprendre une provision en vue des dommages futurs prévisibles⁷. La Cour d'appel du Québec avait adopté la même solution en 1954, avec cependant la dissidence du juge en chef Galipeault⁸: la cour tripla le montant des dommages-intérêts alloués en première instance en 1946, pour un accident survenu en 1942. Depuis cet arrêt, la jurisprudence continue à tenir compte de la dépréciation de la monnaie dans l'évaluation des dommages-intérêts⁹, sans s'arrêter aux critiques concernant les effets inflationnistes d'une telle politique¹⁰!

Il faut cependant signaler une décision de la Cour d'appel qui réduisit le montant des dommages-intérêts alloués en première instance au motif qu'ils représentaient un capital productif d'un intérêt supérieur à 10% du salaire de la victime au moment de l'accident et que ce capital serait « intact » lors de son décès¹¹. On pressent donc que la dépréciation monétaire est un phénomène dont l'acuité n'est pas également ressentie par tous les juges. L'ambiguïté des solutions relatives à l'évaluation des dommages-intérêts en matière délictuelle nous semble révélatrice de l'inégalité de la prise de conscience du phénomène nouveau que constitue la dépréciation monétaire au Canada. Cette inégalité se manifeste par la contradiction qui existe entre les divers secteurs du droit canadien en ce qui concerne l'adaptation aux circonstances économiques. Autant les solutions admises en droit social et en droit du travail témoignent d'une sensibilité aiguë aux conséquences de l'inflation, autant le droit contractuel se caractérise par l'inégal ajustement des solutions destinées à tenir compte de l'érosion monétaire.

⁵ M. VASSEUR, *L'indexation à l'étranger*, (1955) *Rev. éco.* 275, p. 303.

⁶ ETATS-UNIS, « *Purchasing power of dollar: the increased cost of living and the diminished purchasing power of the dollar are proper matters to be taken into consideration by the trier of facts in assessing damages* », 25 *Corp. Juris. Sec., Damages*, 71. Il y a une controverse sur l'obligation pour la Cour de donner instruction au jury de tenir compte de la diminution du pouvoir d'achat du dollar pour évaluer le dommage, 25 A.C.J.S. 194 et 197. Grande-Bretagne, KEMP, D., *Quantum of Damages* (the), Sweet and Maxwell, London, 1961, vol. I, p. 68: « The courts when they assess an award of money... should take into account large and comparatively permanent changes in the real value, *i.e.*, in the purchasing power of money »; vol. II, pp. 283 et ss., sur l'évaluation des dommages futurs.

⁷ *Corrie v. Gilbert*, (1966) 52 D.L.R. (2d) 1, p. 4: « It is my opinion that the damages in the present case are to be assessed upon the basis of the injury suffered by Mrs. Corrie as it manifested itself at the date of the trial making due allowance for the probable future developments but excluding such matters as remain in the sphere of possibility, ... ».

⁸ *Dé Lallo v. Fabrique de Saint-Jean-de-Matha*, [1955] B.R. 113.

⁹ *Blouin v. Dumoulin*, [1958] B.R. 581; *Riel v. Mussen*, [1971] C.A. 367, p. 377: « ... depuis dix ans, la dévaluation de la monnaie doit être considérée dans la fixation des indemnités auxquelles a droit un demandeur », cf. p. 379.

¹⁰ J. DE GRANDPRÉ, *Skyrocketing Awards*, (1966) 26 *R. du B.* 17.

¹¹ *Avis v. Le Pellée*, [1965] B.R. 403 (arrêt résumé).

SECTION I

L'influence des circonstances économiques sur la législation déterminant le contenu des rapports juridiques privés**1. Dispositions temporaires et partielles, expression d'une économie libérale sur la défensive***A. Mesures de guerre*

En temps de crise, le Canada a pris des mesures visant à contrôler l'économie par blocage des prix et réduction des engagements en cours¹². Il s'agissait de mesures d'exception comme l'indiquaient le titre des lois en question. C'est en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre* que des ordonnances fédérales bloquèrent les loyers et édictèrent des normes sur la terminaison des baux par exemple. La guerre de Corée inspira au gouvernement fédéral des mesures à caractère dirigiste: il se fit octroyer par le Parlement le pouvoir de resserrer le crédit aux consommateurs en établissant des règlements sur les conditions de paiement dans les ventes à crédit et de remboursement des prêts à la consommation. Ces mesures s'avèrent inutiles car elles étaient prises à la veille d'une ère de prospérité économique sans précédent¹³.

B. Législation sur les loyers

Néanmoins la pénurie a subsisté dans quelques domaines, notamment en matière de logement. En 1951, le législateur provincial est intervenu à son tour en reconduisant pour un an les baux inférieurs à un montant donné, consentis dans les immeubles construits avant la promulgation de la loi¹⁴. Cette loi était donc exceptionnelle tant par sa durée d'application limitée que par le caractère restreint de son domaine puisqu'elle ne visait que certains baux consentis dans certains immeubles. Toutes ces réserves avaient évidemment pour but de ne pas entraver les investissements immobiliers: on venait au secours des défavorisés mais en prenant soin de ne pas effaroucher les investisseurs, de façon à ne pas aggraver le mal contre lequel on luttait. Cette loi a

¹² A la suite de la crise économique, *Loi du moratoire*, S.Q. 1933 c. 99; *Loi sur les arrangements avec des créanciers des compagnies*, S.C. 1933, 23-24 Geo. V, c. 36; *Loi sur les arrangements entre cultivateurs et créanciers*, S.C. 1934, 24-25 Geo. V, c. 53; *Loi de consolidation des arrérages de taxes municipales*, S.Q. 1937, c. 57; *Loi concernant la libération de certains débiteurs*, S.Q. 1938, c. 90, art. 1202a à 1202l c.c.; guerres mondiales, *Loi sur les mesures de guerre*, S.C. 1914, 2^e session, c. 2; S.R.C. 1970, c. W-2; *Loi sur le soutien des prix des produits de la pêche*, S.C. 1944-45, c. 42, S.R.C. 1970, c. F-23; *Loi sur le soutien des prix agricoles*, S.C. 1944-45, c. 29, S.R.C. 1970, c. A-9; *Loi sur les pouvoirs transitoires résultant de circonstances critiques nationales*, S.C. 1945, 9-10 Geo. VI, c. 25, notamment art. 24c; *Loi sur les pouvoirs d'urgence*, S.C. 1951, 15 Geo. VI, c. 5; *Loi sur le crédit aux consommateurs*, S.C. 1950, 14-15 Geo. VI, c. 3 (dispositions temporaires); *Loi modifiant la loi sur le crédit aux consommateurs*, S.C. 1951, 15 Geo. VI, c. 14.

¹³ L'indice des prix à la consommation au Canada, qui était monté de 10.5% en 1951, retombait à 2.5% en 1952 et devenait négatif (-0.9%) l'année suivante.

¹⁴ *Loi concernant la Régie des loyers*, S.Q. 1950-51, c. 20; omise dans les statuts refondus de 1964, à cause de son caractère temporaire.

été depuis reconduite chaque année, conservant ainsi son caractère d'exception¹⁵.

C'est la même technique qui a été utilisée pour reconduire d'un an aux mêmes conditions, la totalité des baux dans l'île de Montréal à l'occasion de l'Exposition universelle de 1967¹⁶. Si cette dernière loi mérite d'être qualifiée de mesure d'organisation du contenu contractuel pour parer à des circonstances exceptionnelles, selon l'expression de M. El Gammal¹⁷, par contre la *Loi sur la régie des loyers* constitue le type de la mesure d'exception appliquée à un problème permanent dans une économie en expansion, la crise du logement en période d'urbanisation accélérée. On a traité de la même façon l'afflux occasionnel de visiteurs pendant six mois et la migration vers les villes qui s'est produite depuis la guerre au Canada comme ailleurs. Le simple énoncé des problèmes montre que l'emploi de la même technique ne pouvait être qu'inefficace dans le second cas. C'est pourquoi les gouvernements ont pris des mesures destinées à favoriser la construction d'habitations à loyer modique¹⁸.

C. Protection du consommateur-emprunteur

C'est également à une loi d'exception qu'a eu recours le législateur provincial en 1964 pour réprimer les abus en matière de prêt d'argent¹⁹. Cette loi permet au tribunal de réduire ou d'annuler les obligations monétaires découlant d'un prêt dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à toutes les circonstances, qu'elles rendent le coût du prêt excessif et l'opération abusive et exorbitante.

La liberté du taux de l'intérêt est totale au Canada, non seulement entre les particuliers²⁰ mais également pour les institutions de crédit entre elles et avec les particuliers²¹, sauf en ce qui concerne les prêts d'un montant inférieur à \$1,500²². Cela implique en droit civil le rejet de la lésion en matière de prêt. Ce rejet va d'ailleurs plus loin puisqu'il est total entre majeurs, quel que soit le contrat et quelle que soit l'énormité de la lésion²³. Seuls certains incapables peuvent invoquer la lésion et encore dans des conditions qui ont été aggravées par la jurisprudence

¹⁵ La dernière reconduction, jusqu'au 30 avril 1972, a été opérée par L.Q. 1970, c. 60.

¹⁶ *Loi prolongeant certains baux à l'occasion de l'Expo 67*, S.Q. 1966-67, c. 84.

¹⁷ *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, L.G.D.J., Paris, 1967, p. 160.

¹⁸ *Loi sur l'habitation familiale*, S.R.Q. 1964, c. 110; *Loi nationale sur l'habitation*, S.R.C. 1970, c. N-10; *Loi sur la Société centrale d'hypothèque et de logement*, S.R.C. 1970, c. C-16.

¹⁹ *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, S.Q. 1964, c. 67; cette loi introduit dans le Code civil, au titre des obligations, une nouvelle section intitulée: de l'équité dans certains contrats, articles 1040a à 1040e.

²⁰ *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, c. I-18, art. 2.

²¹ *Loi sur les banques*, S.C. 1966-67, c. 87; S.R.C. 1970, c. B-1, art. 91, alinéa 1^{er}.

²² *Loi sur les petits prêts*, S.R.C. 1970, c. S-11. Pour un exemple des multiples façons dont cette loi a été tournée, voir (1970) *Journal des débats* 1725.

²³ Art. 1012 c.c.: « Les majeurs ne peuvent être restitués contre leurs contrats pour cause de lésion seulement ».

au nom de la sécurité du commerce juridique²⁴. L'usure n'est donc pas illégale et il y a même un article du *Code civil* qui organise le paiement des intérêts usuraires²⁵.

Les abus auxquels ces solutions ont donné lieu ont amené le législateur à intervenir en 1964 dans la province de Québec, à la suite d'autres provinces²⁶. Dorénavant l'usure est proscrite en matière de prêt d'argent et de contrats équivalents²⁷. La Cour d'appel a eu récemment l'occasion d'appliquer ces dispositions nouvelles dans une affaire où le juge de première instance avait rejeté l'action en réduction au motif que le recours de l'article 1040c ne survivrait pas au paiement qui avait été effectué en l'espèce par l'emprunteur. Mais le juge avait rejeté l'argument tiré par le prêteur de l'idée d'aventure commune ou de société innommée pour justifier sa large participation aux profits de l'opération réalisée par l'emprunteur, vu qu'il ne devait aucunement participer aux pertes éventuelles et qu'il se payait dès le départ²⁸. La notion de société, proposée par la doctrine française pour justifier l'adaptation du contenu du contrat aux circonstances économiques ne reçoit donc pas un accueil favorable en l'espèce²⁹. La Cour d'appel réforma le jugement de la Cour supérieure et réduisit à 18% le taux d'intérêt s'élevant à 36% : s'agissant d'une disposition d'ordre public, l'article 1040c permettait au juge d'intervenir même après le paiement des intérêts usuraires³⁰. Au fond, le désaccord entre les deux cours ne portait que sur les conditions d'ouverture de l'action ; mais il y avait unanimité sur le caractère abusif et exorbitant du taux de l'intérêt en l'espèce.

La même technique est utilisée dans une loi qui vient d'être adoptée par l'Assemblée nationale du Québec³¹. L'article 117 de cette loi prévoit comme sanction civile de ses dispositions, outre la nullité, la possibilité pour le consommateur, c'est-à-dire l'acheteur à crédit de biens de consommation, de demander plutôt la suppression du coût de crédit et la restitution de toute partie du coût de crédit déjà payé. L'article 118 prévoit les mêmes sanctions pour le déséquilibre exagéré des prestations, même si les formalités prescrites par la loi ou les règlements (et elles sont nombreuses) ont été respectées³².

²⁴ Art. 1001 à 1011 c.c.; *Rosconi et Lussier v. Dubois*, [1951] R.C.S. 554.

²⁵ Art. 1149, al. 3, ajouté par S.Q. 1906, c. 40; *Key Mortgage v. Nadeau*, [1971] C.S. 321.

²⁶ Ontario, *The Unconscionable Transactions Relief Act*, R.S.O. 1960, c. 410.

²⁷ Art. 1040c et 1040d, qui étend les dispositions de l'article précédent à la vente à réméré, à la vente à terme, à tempérament ou sous condition, ainsi qu'à la promesse de vente.

²⁸ *Boutin v. Belvédère*, Cour supérieure de Québec, n° 146755, 21 mars 1968, juge CRÊTE, rapporté à (1970) 11 C. de D. 157; note M. TANCELIN, *ibid.*, 171.

²⁹ J. HAMEL, *Les clauses d'échelle mobile et le droit monétaire français*, (1955) 7 *Rev. éco.* 167, pp. 182 et ss.; M. M. EL GAMMAL, *op. cit. supra*, note 16, n° 215 et ss.

³⁰ *Boutin v. Belvédère*, [1970] C.A. 389, rapporté également à (1970) 11 C. de D. 109; *Fribourg v. Savage*, [1970] C.A. 612; *contra*, *Marois v. Dallaire*, [1970] C.S. 634.

³¹ *Loi de la protection du consommateur*, n° 45, sanctionnée le 14/VII/1971, *La Gazette officielle du Québec*, 24 juillet 1971, p. 5638.

³² Art. 118: « Tout consommateur dont le commerçant a exploité l'inexpérience peut demander la nullité du contrat ou la réduction de ses obligations si celles-ci sont considérablement disproportionnées par rapport à celles du commerçant ».

La loi de 1964 sur la protection de l'emprunteur et celle de 1971 sur la protection du consommateur visent à remédier à un déséquilibre dans les contrats. Il ne s'agit pas d'un déséquilibre résultant directement de la dépréciation monétaire, donc postérieur à la conclusion du contrat, mais d'un déséquilibre concomitant à sa formation : ces textes sont des applications de la notion d'exploitation, non de celle de l'imprévision. Mais l'affinité entre les deux notions a été maintes fois soulignée. M. El Gammal dit à ce propos³³ :

« [...] dans les deux cas, il s'agit d'appliquer au contrat "le taux" des prestations qu'aurait établi le libre jeu des volontés et la libre concurrence. Le concept est le même ; seulement, son contenu s'élargit et s'étend.

D'ailleurs il n'est pas toujours facile de distinguer le déséquilibre concomitant à la conclusion du contrat et le déséquilibre subséquent ».

Un droit qui en vient à ne plus tolérer le déséquilibre exagéré des prestations au moment de la formation d'un contrat est prêt à admettre plus facilement de le combattre lorsqu'il se produit en cours d'exécution par suite des circonstances économiques. Dans les deux cas l'excessive onérosité du contrat qui justifie l'intervention du juge afin d'établir l'équilibre jamais atteint ou de le rétablir, une fois compromis.

Cette transition est opérée dans un projet de texte élaboré par l'Office de revision du Code civil à propos du contrat d'entreprise. Ce texte, qui n'a pas atteint le stade du projet de loi, propose la revision comme remède à un déséquilibre né de circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir et rendant difficile et excessivement onéreuse l'exécution du contrat pour l'entrepreneur.

Tous ces textes arrivés à des degrés divers de maturité témoignent de la fidélité du droit québécois aux idéaux du libéralisme. L'influence de la doctrine de l'autonomie de la volonté est encore tellement forte qu'on se tourne naturellement vers les théories qui la reflètent, selon la juste expression de M. El Gammal à propos de l'imprévision³⁴.

On peut se demander si les remèdes proposés sont à la mesure des maux à guérir. Il s'agit en effet d'une situation générale, celle des emprunteurs-consommateurs face à des pratiques commerciales qui s'apparentent à la technique de l'araignée, dans lesquelles la publicité tient lieu de toile. La doctrine a mis depuis longtemps en doute la possibilité de « résoudre un phénomène nouveau par des techniques anciennes »³⁵. M. Carbonnier dit :

« Le critère de l'excessive onérosité est un leurre si on l'applique contrat par contrat ; il faudrait l'appliquer subjectivement, par rapport à la force économique globale du contractant demandeur ».³⁶

³³ EL GAMMAL, *op. cit. supra*, note 17, p. 158. Cf. M. S. KHALIL, *Le dirigisme économique et les contrats*, L.G.D.J. 1967, pp. 355 et 360, où l'auteur distingue la lésion contemporaine à la conclusion du contrat (exploitation) et à son exécution (imprévision).

³⁴ *Ibid.*, p. 153.

³⁵ G. RIPERT, cité par M. EL GAMMAL, *ibid.*, p. 154.

³⁶ *Droit civil*, tome second, P.U.F., Paris, 1959, p. 503.

Le projet de *Loi fédéral sur la concurrence*, destiné à remplacer la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*³⁷, qui « voit davantage le consommateur d'un point de vue "corporatif", en ce sens qu'on s'intéresse au comportement des individus et des entreprises en tant qu'élément de la pratique commerciale » semble devoir mieux répondre aux problèmes actuels que les lois québécoises « orientées vers le consommateur en tant qu'individu »³⁸. La revision pour lésion ou pour imprévision reste une mesure individuelle qui n'est prévue ou envisagée que dans des cas théoriquement exceptionnels pour un droit fondé sur la liberté contractuelle. On peut la considérer comme la dernière ligne de défense du libéralisme en péril. Elle fait reposer l'adaptation du contrat aux circonstances économiques sur les épaules du juge. La méthode anglaise des distinctions, familière au juge québécois, l'aidera peut-être à relever l'énorme défi qu'on lui pose.

En fait de protection, ce que le consommateur a gagné en 1971 sur le terrain de la lésion, il l'a perdu au niveau de la prévention, en matière de vente à tempérament. Avant leur abrogation par l'article 120 de la loi n° 45, les articles 1561 *b* et *c* du *Code civil* posaient une double exigence quant au paiement initial de 15% et au taux maximum de majoration du prix de vente au comptant. Ces mesures de protection ont disparu, en dépit de leur nécessité évidente dans la période d'inflation actuelle. Dans une telle situation, l'Etat cherche normalement à se doter d'instruments de contrôle de l'économie: le resserrement du crédit est un moyen classique de juguler l'inflation. Le législateur provincial l'avait compris, avec bien des difficultés il est vrai, en 1946³⁹, et le fédéral, en 1951. L'argument tiré de l'inapplication de la première loi et de l'inefficacité de la seconde tient du paralogisme, car la situation économique actuelle n'est pas comparable à celle d'il y a vingt ans. On assiste donc en réalité à un recul paradoxal des mesures de lutte contre l'inflation, au moment où leur nécessité se fait de plus en plus impérieuse⁴⁰.

2. Dispositions permanentes et générales, expression d'une économie de croissance

A. Le droit social

En matière de rentes dues à la suite d'accidents du travail, le législateur québécois a d'abord procédé à des revalorisations⁴¹, pour aboutir finalement à un système d'indexation⁴² calqué sur celui du

³⁷ *Loi relative à la tenue d'enquêtes sur les coalitions, monopoles, trusts et fusions*, S.R.C. 1970, c. C-23.

³⁸ Bill C-256; *Le Devoir*, mercredi, 28 juillet 1971.

³⁹ L. LILKOFF, *Aspect social et technique de la vente à tempérament*, (1967) 27 *R. du B. 1.*

⁴⁰ (1970) *Journal des Débats*, pp. 1709, 1713. Au recul ci-dessus mentionné, signalé par M^e MAROIS, on doit ajouter l'abandon de la prescription de droit commun au profit d'une courte prescription, loi n° 45, art. 119, et l'élargissement de la notion de déchéance du terme, *ibid.*, pp. 1734 à 1739.

⁴¹ S.R.Q. 1964, c. 159, art. 38; S.Q. 1966-67, c. 52, art. 5.

⁴² L.Q. 1969, c. 52, art. 2.

Régime des rentes du Québec instauré en 1965. On trouve le même passage de la revalorisation à l'indexation dans la *Loi de la législature pour les pensions de députés*⁴³ et dans la *Loi modifiant le régime de retraite des fonctionnaires*⁴⁴. Aujourd'hui le régime légal des pensions se trouve unifié sur le modèle de la *Loi du régime des rentes du Québec*⁴⁵, qui s'apparente à la *Loi du régime des pensions du Canada*, en vigueur dans les provinces anglophones⁴⁶. Ces lois de prévoyance sociale concernent les rentes de retraite, rentes d'invalidité, prestations de décès, rentes de veuves, etc... Elles disposent que le montant de ces rentes varie suivant un indice fixé d'après la moyenne de l'indice des prix à la consommation au Canada, publié par le Bureau fédéral de la statistique⁴⁷.

On installe ainsi le secteur social dans l'indexation, comme si l'inflation était tenue pour une constante de l'économie contemporaine. Dès sa naissance le droit social se met au Canada à l'heure de la croissance économique.

B. *Le droit du travail*

L'indexation est également utilisée en droit du travail, quoique de façon moins systématique qu'en droit social. Une étude du Ministère fédéral du travail portant sur un échantillonnage de 301 conventions collectives visant au moins 500 travailleurs, conclues dans l'industrie manufacturière du Canada révèle que 20% des conventions, visant cependant 34% des 414,984 travailleurs concernés, renferment des clauses d'échelle mobile ou de vie chère⁴⁸. Outre les clauses d'ajustement automatique dont nous indiquons ci-dessous un exemple, certaines conventions prévoient, selon le même document, d'autres méthodes d'ajustement des salaires au cours de la durée d'application de la convention, par exemple, des clauses de remise en négociation des salaires et des clauses d'augmentations différées des salaires⁴⁹. Certaines clauses prévoient en outre un ajustement à la baisse dans la même proportion que celui prévu à la hausse⁵⁰, encore qu'à l'heure actuelle l'utilité d'une telle disposition apparaisse assez théorique.

⁴³ L.Q. 1969, c. 11, art. 7.

⁴⁴ L.Q. 1969, c. 15, art. 2.

⁴⁵ S.Q. 1965, c. 24.

⁴⁶ S.C. 1964-65, c. 51; S.R.C. 1970, c. C-5.

⁴⁷ S.R.C. 1970, c. C-5, art. 20; S.Q. 1965, c. 24, art. 34.

⁴⁸ *Dispositions de grandes conventions collectives dans l'industrie manufacturière au Canada*, 1969, Division de la négociation collective, Direction de l'économique et des recherches, ministère du Travail du Canada, Ottawa. Voici un exemple de clause de vie chère indiquée par ce document, p. 14: « Si l'indice des prix à la consommation du B.F.S. dépasse le chiffre de l'indice publié en septembre 1968, par plus de 2½% de cet indice au cours de la période finissant le 21 août 1969, l'employeur paiera à chaque employé une indemnité équivalant à 1 cent par heure rémunérée pour chaque accroissement de 0.6 du chiffre de l'indice en sus de cette augmentation de pourcentage ».

⁴⁹ Ces clauses compensent la constance, signalée par le même document, p. 3, de la tendance à signer des conventions de longue durée.

⁵⁰ « An increase of one (1) cent per hour worked for each rise of .6 points in the Consumer's Price Index or a decrease of one (1) cent per hour worked for each drop of .6 points in the C.P.I. ».

Par contre selon une recherche effectuée par le Centre de relations industrielles de l'Université McGill, portant sur 834 conventions collectives concernant environ le tiers des travailleurs syndiqués au Canada, à l'exclusion du secteur de la construction et des chemins de fer, les clauses d'indexation ne se trouvent que dans 6.04% des conventions canadiennes et 3.88% des conventions québécoises.

Dans le secteur public et para-public les conventions collectives en vigueur au Québec que nous avons consultées contiennent soit des clauses d'échelle mobile automatique⁵¹, soit des clauses de révision annuelle de salaire⁵², soit des listes de taux de salaire comportant des dates de mise en vigueur échelonnées au cours de la durée de la convention⁵³.

Ces exemples montrent qu'il n'y a pas aujourd'hui de mesures générales pour combattre la dépréciation monétaire même dans le cas où l'on s'attendrait le plus à les trouver, c'est-à-dire dans les entreprises syndiquées les plus importantes. Mais il n'est pas téméraire de supposer qu'au train où court l'inflation, la généralité des clauses d'échelle mobile ne tardera pas à s'instaurer dans le secteur privé, comme cela semble être déjà le cas dans le secteur public.

SECTION II

L'influence des circonstances économiques sur la libre détermination du contenu des contrats privés⁵⁴

1. Les clauses relatives à l'intérêt, réponse à une inflation modérée

Nous avons constaté à propos des interventions législatives destinées à corriger les effets néfastes de la loi du marché en période d'instabilité monétaire que le contenu de certains contrats pouvait se trouver

⁵¹ *Convention collective de travail, 1968-1971, unité fonctionnaire, entre le gouvernement du Québec et le Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec*, art. 27.05: « L'employeur ajustera les échelles de traitement pour tenir compte de l'augmentation du coût de la vie en prenant comme référence l'indice des prix à la consommation publié par le Bureau fédéral de la statistique pour la région de Montréal et ce, pour chaque augmentation de l'indice au-delà de trois pour cent (3%), de la façon suivante: ... »; *c.c.t. 1969-70-71 du personnel hospitalier du Québec*, art. 25.05.

⁵² *C.c.t. entre la Commission hydroélectrique du Québec et le Syndicat des employés de bureau de l'Hydro-Québec*, I.I.1969-31.XII.1971., art. 21.04 à 21.07.

⁵³ *C.c.t. 1968-71, unité d'ouvriers, entre le gouvernement du Québec et le Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec*, art. 27.01; *c.c.t. entre l'Hydro-Québec et le Syndicat des employés de métiers de l'Hydro-Québec*, I.I.1969-31.XII.1971, art. 21.01; *entente entre le gouvernement du Québec et la Corporation des enseignants du Québec* (primaire et secondaire), expirée le 30 juin 1971, 6-5.10, 6-5.11.

⁵⁴ On emploie l'expression contrat privé de préférence à celle de contrat civil pour éviter l'opposition que la dernière évoque avec celle de contrat commercial, étant donné que le droit québécois ne fait pas de distinction systématique entre les deux ordres, mais prescrit seulement des règles particulières de preuve et de prescription en matière commerciale.

modifié soit par l'allongement du terme convenu, soit par le réaménagement judiciaire des clauses. Mais ces mesures sont exceptionnelles dans un droit qui reste attaché au libéralisme.

Cet attachement est tel qu'on s'est demandé à propos de la loi ontarienne de 1960⁵⁵, si cette législation provinciale qui venait au secours des débiteurs en péril, n'était pas contraire à la liberté du taux de l'intérêt, matière de compétence fédérale. La Cour suprême du Canada a cependant estimé que la *Loi fédérale sur l'intérêt*⁵⁶ n'était pas violée parce que la législation provinciale ne concernait pas l'intérêt proprement dit mais le contrat, dont l'annulation ou la révision pouvait être recherchée par application soit de la doctrine anglaise de l'*undue influence*, soit de la théorie française de la lésion⁵⁷. Ce genre de distinction, qui peut paraître excessivement subtile aux juristes habitués à un droit unitaire, est coutumière dans le droit d'un pays fédéral. Cette décision de la Cour suprême, à la suite de laquelle le Québec adopta sa propre loi⁵⁸, inspirée de celle de l'Ontario, permet de considérer que la législation étudiée ne limite pas la liberté du taux de l'intérêt.

Le maintien de cette liberté est essentiel, car c'est lui qui a fourni la plupart des réponses aux problèmes posés par la dépréciation monétaire modérée que le Canada a connue jusqu'à une date récente.

A. *La participation du prêteur aux revenus de l'emprunteur*

Les clauses qui prévoient une participation du prêteur aux revenus de l'emprunteur se rencontrent en matière de prêt hypothécaire et de bail emphytéotique. Dans cette dernière catégorie de contrat, elles prennent la forme de clauses de loyer gradué⁵⁹. Ce contrat est encore largement utilisé au Québec notamment pour l'aménagement de centres commerciaux, à défaut d'une législation semblable à celle du bail à construction en France. A la différence du législateur, les praticiens ne sont pas restés inactifs pour adapter le bail emphytéotique au besoin de protection du bailleur contre les effets de l'inflation. Parmi les formules les plus usuelles, un auteur signalait en 1963⁶⁰ les clauses de révision périodique du loyer, tous les vingt ou trente ans, soit d'après l'indice des prix à la consommation, soit par détermination arbitrale de la valeur marchande du fonds, soit d'après le taux d'intérêt pratiqué par les banques. Un autre procédé consiste à fixer un loyer minimum, souvent symbolique, assorti d'un pourcentage du revenu brut excédant une certaine somme, retiré de la propriété par le locataire.

La jurisprudence a été amenée à dire si les clauses relatives à l'intérêt étaient légales. Elle a décidé que les clauses-prime étaient conformes à la *Loi sur l'intérêt*. En vertu de cette clause insérée

⁵⁵ *Supra*, note 26.

⁵⁶ *Supra*, note 20.

⁵⁷ *The Attorney General for Ontario v. Barfield*, [1963] R.C.S. 570.

⁵⁸ *Supra*, note 19.

⁵⁹ P. MARTEL, *Le placement hybride*, (1969) 71 *R. du N.* 223.

⁶⁰ N. L. RAPPAPORT, *Emphyteutic lease*, (1963) 23 *R. du B.* 265.

généralement dans l'acte d'hypothèque, les parties indiquent comme montant du prêt, une somme supérieure à celle effectivement versée, la différence tenant lieu de prime ou de bonus. Il s'agissait de savoir si la clause-prime contrevenait à l'article 6 de la *Loi sur l'intérêt* qui interdit d'établir à l'avance l'état du principal et de l'intérêt⁶¹. La Cour suprême a répondu par la négative, au motif que la clause n'entraînait dans aucun des trois cas prévus par l'article⁶².

De même la jurisprudence a décidé que la clause d'intérêt composé était valide. La Cour suprême l'a reconnu tôt dans un arrêt qui a cependant été rendu à la majorité d'une voix⁶³. La loi n'exige pas un état du montant des intérêts mais seulement la mention du *quantum* ou taux de l'intérêt permettant de calculer ce montant. Autrement dit la mention du taux de l'intérêt est nécessaire et suffisante. En somme la jurisprudence estime que ces clauses sont légales puisqu'elles ne contreviennent pas au seul but de la *Loi sur l'intérêt* qui est de permettre à l'emprunteur de connaître le coût du prêt⁶⁴.

La doctrine québécoise n'a pas accueilli favorablement cette jurisprudence qu'elle juge trop formaliste⁶⁵. Les auteurs lui reprochent d'empêcher la *Loi sur l'intérêt* de jouer son rôle de protection de l'emprunteur et de rendre les tribunaux impuissants à réprimer les moyens abusifs imaginés par les prêteurs. On a vu que cette protection avait finalement été cherchée sur le terrain du contrat et que le laxisme de cette jurisprudence de la Cour suprême était compensé par l'attitude compréhensive de cette cour dans l'arrêt de 1963⁶⁶.

D'ailleurs la légalité des clauses relatives à la participation du prêteur aux revenus de l'emprunteur se trouve explicitement confirmée par une disposition de la *Loi sur la faillite* qui prévoit la possibilité pour le prêteur de stipuler une clause lui permettant de « recevoir un taux d'intérêt variant selon les profits ou recevoir une partie des pro-

⁶¹ Art. 6: « Lorsqu'une somme principale ou un intérêt garanti par hypothèque sur bien-fonds est stipulé, par l'acte d'hypothèque, payable d'après le système du fonds d'amortissement, ou d'après tout système en vertu duquel les versements du principal et de l'intérêt sont confondus, ou d'après tout plan ou système qui comprend une allocation d'intérêt sur des remboursements stipulés, aucun intérêt n'est exigible, payable ou recouvrable sur une partie quelconque de la somme principale prêtée, à moins que l'acte d'hypothèque ne contienne un état de la somme principale et du taux d'intérêt exigible à son égard, calculé annuellement ou semestriellement, mais non d'avance ».

⁶² *The London Loan & Savings v. Meagher*, [1930] R.C.S. 378; *Asconi v. Vocisiano*, [1947] R.C.S. 358, p. 365: « Dans le cas qui nous occupe, la somme principale ou l'intérêt ou le bonus, n'est pas par l'acte même, fait payable suivant l'une des modalités mentionnées au statut et, il s'ensuit qu'il n'y a pas d'illégalité si, avant la création de l'hypothèque, les parties ont convenu de déduire ou de payer d'avance les intérêts et le boni, et ont stipulé dans l'acte d'hypothèque lui-même qu'aucun intérêt ne sera payable ». Cf. en Ontario, *Desrochers v. Soules*, [1956] D.L.R. (2d) 293; en Alberta, *Stephen v. LeBlanc*, [1963] 37 D.L.R. (2d) 346; au Québec, *Rumilly v. Patry*, [1970] C.S. 134.

⁶³ *Canadian Mortgage v. Cameron*, (1917) 55 R.C.S. 409, 2 dissidences.

⁶⁴ (1962) 14 *Canadian Encyclopedic Digest*, (Western) (2d) 12.

⁶⁵ R. COMTOIS, *La loi de l'intérêt et les prêts hypothécaires*, (1957-58) 60 *R. du N.* 188; H. TURGEON, *Quelques problèmes sur la loi fédérale de l'intérêt*, (1961-62) 64 *R. du N.* 183.

⁶⁶ *Supra*, note 57.

fits provenant de la conduite du commerce ou de l'entreprise » de l'emprunteur⁶⁷.

B. *L'abrègement du terme convenu*

Parmi les moyens de défense contre l'inflation, M. El Gammal signale « une réaction négative de la pratique qui tend à éliminer du contrat le facteur temps ou tout au moins à la réduire au minimum »⁶⁸. Outre les pratiques signalées en matière de convention collective et de bail emphytéotique, on peut signaler une tendance semblable en matière de prêt hypothécaire, consistant à insérer une clause permettant au prêteur de modifier périodiquement le taux de l'intérêt convenu. En réalité cette clause est destinée à adapter l'intérêt dans les contrats à long terme aux variations du taux, même en dehors de toute situation inflationniste. Néanmoins une telle clause d'ajustement est à la disposition des prêteurs pour augmenter les taux d'intérêt qui se sont beaucoup élevés depuis quelques années⁶⁹. Cette clause fait pendant à la faculté donnée à l'emprunteur hypothécaire de purger l'hypothèque après cinq ans, en payant trois mois d'intérêt de façon à profiter d'un taux d'intérêt plus avantageux⁷⁰. Ce procédé évite de recourir aux formalités complexes de la subrogation par le débiteur, qui est prévue par l'article 1155 alinéa 2 du *Code civil*.

2. Les clauses de sauvegarde du capital, réponse à une inflation galopante

A. *Clauses-or et valeur-or*

Le caractère de plus en plus aigu de l'inflation a rendu nécessaire l'emploi de procédés plus énergiques pour mettre le capital à l'abri de la dépréciation. La crise des années trente avait déjà posé le problème de la validité de ces clauses. Les clauses-or ont été utilisées jusqu'à la loi qui les a abrogées avec effet rétroactif et qui est toujours en vigueur⁷¹.

B. *Clauses-devises*

Les clauses de paiement en devises étrangères sont par contre reconnues valables par la *Loi sur la monnaie et les changes*⁷² Leur

⁶⁷ S.R.C. 1970, c. B-3, art. 98. Cet article fait passer le prêteur qui reçoit une participation aux bénéfices après les autres créanciers de l'emprunteur. La Cour suprême a décidé que cette disposition ne s'appliquait pas si la participation aux profits était garantie valablement, *Sukloff v. Rushforth*, (1964) 45 D.L.R. (2d) 510.

⁶⁸ *Op. cit. supra*, note 17, p. 158.

⁶⁹ Ils sont passés de 6½ % en 1963 à 10½ % en 1970 dans les prêts hypothécaires aux particuliers.

⁷⁰ *Loi sur l'intérêt*, art. 10.

⁷¹ *Loi concernant les obligations à clause-or*, S.C. 1937, 1 Geo. VI, c. 33, art. 7; S.R.C. 1970, c. G-4. La prohibition vise expressément les clauses-or et valeur-or.

⁷² *Loi concernant la monnaie et le fonds de change*, S.R.C. 1970, c. C-39, art. 12, alinéa 1: «... à moins d'être fait, établi, conclu ou accompli d'après la monnaie d'un pays autre que le Canada ».

validité est admise par la jurisprudence lorsque les deux parties au contrat sont des nationaux canadiens résidant au pays⁷³, seul cas où la question puisse se poser d'ailleurs, puisque la validité de telles clauses va de soi dans un contrat international. La *Loi sur les clauses-or* n'a pas porté atteinte à la validité des clauses de paiement en devises étrangères, car il s'agit d'une loi d'exception d'interprétation restrictive. La *Loi sur les lettres de change* confirme la validité de telles clauses en disposant qu'une lettre de change satisfait à la condition relative à la précision de la somme, même si elle prescrit que le paiement doit être fait suivant un taux de change indiqué ou à constater⁷⁴.

C. Clauses d'indexation

Un des traits caractéristiques du droit canadien est la rareté d'emploi de clauses d'indexation, en dehors de domaines précis tels que le droit du travail et plus récemment le droit social. Aussi n'est-il pas étonnant que la jurisprudence en la matière soit très rare. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a cependant eu à se prononcer sur la validité d'une clause d'indexation basée sur l'indice des prix à la consommation, dans un contrat de prêt hypothécaire. C'était encore au regard de la *Loi fédérale sur l'intérêt* que la légalité de la clause était contestée. Elle fut jugée valable et conforme à cette loi⁷⁵. Le juge McFarlane justifia la décision de la cour en soulignant le caractère réciproque de la clause, qualifiée au demeurant d'accessoire, qui avait joué en l'espèce au profit du prêteur mais aurait joué à son désavantage si l'indice choisi avait baissé. Il rapprocha la clause litigieuse de celle, admise, du paiement d'un prêt en monnaie américaine, le taux de change pouvant également amener une fluctuation de la somme à rembourser.

Nous ne connaissons pas de décision de la Cour suprême sur la validité de la clause d'indexation. Aussi faut-il se demander quelle serait son attitude devant la généralisation éventuelle de telles clauses.

La question a été posée dans les mêmes termes aux États-Unis dans des études qui recherchent les objections possibles à l'indexation⁷⁶. L'obstacle majeur viendrait de ce que la *Loi sur les titres négociables* exige que ces derniers aient un montant déterminé (*sum certain*)⁷⁷. La

⁷³ *La Corporation des obligations municipales v. Ville de Montréal-Nord*, (1921) 61 D.L.R. 542; *Commissaires d'écoles de Saint-Charles v. Société des Artisans canadiens-français*, (1922) 33 B.R. 448, p. 453: « Les parties sont [...] libres de stipuler ou de promettre de la monnaie étrangère ».

⁷⁴ *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, c. B-5, art. 28, alinéa 1.

⁷⁵ *Commonwealth Savings v. Triangle « C » Cattle*, (1966) 57 D.L.R. (2d) 453, p. 460: « The amount based on that index, is merely a reflection of the value, future value, of the dollars advanced at the time of the making of the mortgage ».

⁷⁶ R. E. HAUSER, *The Use of Index Clauses in Private Loans — A Comparative Study*, (1958) 7 *Am. Journ. of Comp. Law* 350. G. KARIV, *Contracts under Monetary Fluctuations: the Legal Effects of Devaluation*, (1970) 65 *Northw. Univ. Law Rev.* 533, p. 572.

⁷⁷ L'objection serait valable au Canada, où la *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, c. B-5, art. 17 (1) et 176 (1), exige également que le titre négociable mentionne une somme d'argent précise (*sum certain in money*). On a vu que

doctrine anglaise indique cependant qu'il suffit que la somme soit déterminable (*ascertainable*) à l'aide de critères précis, pour que cette exigence soit remplie. Les autres objections à la validité de l'indexation sont aisément réfutées par M^{me} Hauser. La loi qui interdit la clause-or aux États-Unis⁷⁸ est comme, à notre avis, au Canada⁷⁹, d'interprétation stricte. Les lois sur le cours légal et sur le cours forcé (*legal tender acts*) en vigueur en Australie et en France n'ont pas empêché la Cour suprême de ces pays de reconnaître la validité des clauses d'indexation. L'objection relative au nominalisme mérite cependant un examen spécial, car le *Code civil* du Québec contient un article au même effet que l'article 1895 du Code français.

L'article 1779⁸⁰ du Code québécois est considéré par la doctrine comme une disposition supplétive. Selon Mignault⁸¹:

« La règle de l'article 1779 ne s'applique que lorsque les parties ne se sont pas expliquées autrement, car le prêteur peut stipuler que l'emprunteur lui rendra non pas seulement la somme numérique prêtée, mais une valeur identique à celle qu'il a reçue... En décider autrement serait restreindre la liberté des conventions et donner une portée prohibitive à notre article qui, à mon sens, ne fait qu'interpréter la convention lorsque les parties se sont contentées de stipuler que la somme numérique serait restituée ».

On voit que le principe de nominalisme ne pèse pas lourd devant celui de la liberté contractuelle pour le célèbre juge à la Cour suprême, dont l'ouvrage fait encore autorité et dont l'opinion est encore partagée par les auteurs⁸².

Aussi peu vraisemblable que cela paraisse, l'interprétation de l'article 1779 ne s'est jamais posée directement aux tribunaux. Elle n'a été abordée que de façon incidente dans un arrêt de la Cour d'appel appelée à se prononcer sur la validité du taux de change indiqué par l'article 17, paragraphe 20, du *Code civil* en 1866 et jamais modifié depuis cette époque où le Canada avait plusieurs monnaies légales, dont la livre sterling⁸³. La compagnie de tramways de Montréal avait été condamnée à payer une indemnité d'accident exprimée en livres sterling par le Conseil privé de Londres, alors juridiction suprême du Canada. Comme la livre avait baissé par rapport au dollar, la compagnie offrit de payer en dollars canadiens selon le taux de change au moment du

l'article 28 (1) prévoyait expressément le cas de la clause devises, *supra*, note 74. Un amendement de la loi serait probablement nécessaire en cas de généralisation de la clause d'indexation.

⁷⁸ *Résolution du 5 juin 1933*, 31 U.S.C. 463 (1964); 48 Stat. 112.

⁷⁹ *Supra*, note 71.

⁸⁰ « L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme numérique reçue. S'il y a augmentation ou diminution dans la valeur des espèces avant l'époque du paiement, l'emprunteur est obligé de rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme en espèces ayant cours au temps du paiement ».

⁸¹ P. B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1909, t. 8, pp. 127-128.

⁸² ROCH et PARÉ, *Traité de droit civil du Québec*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1952, t. 13, p. 201; J. L. BAUDOIN, *Les obligations*, P.U.M., 1970, n° 483 (semble).

⁸³ *Montreal Tramways v. Savignac*, (1923) 34 B.R. 245.

paiement et non selon le taux périmé du *Code civil*⁸⁴. La cour lui donna raison au motif que le taux de change du code n'était plus en vigueur. Le juge Rivard ajouta que la solution résultait de la règle posée par l'article 1779 semblable à l'article 1895 qui est applicable à toute dette de somme d'argent, quelle qu'en soit la cause. En réalité le principe visé par ces articles n'était pas en cause, vu le choix laissé par la loi alors en vigueur entre deux monnaies légales⁸⁵. La seule question était de savoir quel était le taux de change applicable à ces deux monnaies également libératoires.

Un arrêt postérieur de la même cour a décidé par contre, au nom du principe de la liberté contractuelle, que le taux de change de l'article 17, et 20 c.c. restait obligatoire pour les parties à une convention qui le visait expressément (il s'agissait de la charte d'une compagnie émettant des actions privilégiées dont le nominal était libellé en livres et dollars)⁸⁶. La modification ultérieure du taux de change ayant résulté de la dévaluation de la livre en 1931 a été jugée sans effet sur la convention, la fixation d'une parité fixe, sans égard aux fluctuations du change sur le marché monétaire, étant « parfaitement licite et obligatoire dans un contrat »⁸⁷. Cet arrêt a été rendu, il est vrai, à une époque où le change pouvait encore être considéré comme sujet à des « accidents » ou à des « caprices », « comme le vent ». On comprend mieux devant une telle jurisprudence le caractère rétroactif donné deux ans après par le législateur fédéral, à la prohibition des clauses-or⁸⁸.

Depuis cette époque, la jurisprudence n'a pas été appelée, à notre connaissance, à qualifier le principe du nominalisme, mais la persistance de la doctrine de l'autonomie de la volonté porte à croire qu'elle pourrait encore se prononcer dans le même sens. Le caractère embryonnaire de la notion d'ordre économique⁸⁹ dans un droit qui reste fondamentalement attaché aux principes du libéralisme, d'une part, et les exemples du droit interne en matière sociale et du droit comparé, d'autre part, permettent d'avancer cette supposition.

D. Contrats à prestations variables

Si la question de l'indexation reste assez théorique en droit canadien, c'est que ce droit s'est orienté dans d'autres directions pour pallier les effets de la dépréciation monétaire. Ainsi dans un domaine de choix

⁸⁴ L'article 163 de la loi sur les lettres de change aurait pu être invoquée par analogie.

⁸⁵ Depuis 1952, la seule monnaie ayant pouvoir libératoire au Canada est le dollar (canadien). *Loi concernant la monnaie et le fonds de change*, S.R.C. 1970, c. C-39, art. 3 et 7.

⁸⁶ *Imperial Tobacco of Canada v. Younger*, (1935) 58 B.R. 310.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 315.

⁸⁸ Cette rétroactivité semble avoir dicté la solution de la Cour de cassation française dans l'affaire des *Messageries maritimes*, en 1950; E. L. BACH, L'influence de la dépréciation monétaire sur les rapports de droit international privé, in *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, Etudes de droit privé sous la direction de P. DURAND, L.G.D.J., Paris, 1961, pp. 319 et ss.

⁸⁹ Il est remarquable que cet aspect de la notion d'ordre public ne soit pas étudié dans l'ouvrage récent de M. J. L. BAUDOUIN, *précité*, note 82, n° 66 et ss., mais seulement mentionné, n° 4. C'est à cette notion que se réfère le juge CASEY dans l'arrêt *Boutin v. Belvédère*, *précité*, note 30.

au Canada, celui de l'assurance-vie⁹⁰, la pratique des polices d'assurance-vie variables s'est largement répandue. Il s'agit, selon le rapport d'où ces renseignements sont tirés, de l'innovation la plus marquante survenue dans le commerce de l'assurance-vie depuis de nombreuses années⁹¹. Alors que traditionnellement les polices d'assurance-vie garantissent au bénéficiaire le paiement d'une somme fixée d'avance, les nouveaux contrats sont dits variables parce que dorénavant les compagnies peuvent « émettre des polices telles que le montant des réserves prévues à leur égard varie selon la valeur marchande d'un groupe spécifié d'actifs, [...] »⁹². Cette définition amène à préciser brièvement quelques notions de base qui vont nous permettre d'expliquer le genèse de cette nouvelle forme de contrat.

Traditionnellement les compagnies d'assurance ne pouvaient émettre que des polices à prestations fixes mais dont le montant était garanti. C'est pourquoi elles devaient, selon la loi, se borner à des placements de père de famille⁹³. Il en est résulté que le taux général de rendement des investissements des compagnies d'assurance n'a pas été aussi élevé que celui des sociétés de placement non soumises aux mêmes restrictions, telles que les sociétés de fonds mutuels. C'est pour profiter davantage de la hausse considérable du marché des valeurs mobilières en Amérique du Nord depuis une vingtaine d'années, que les compagnies d'assurance sont sorties de leur domaine d'action traditionnel. Elles y ont été poussées par la concurrence de plus en plus forte que leur faisaient les fonds mutuels. Ceux-ci ont contribué à répandre chez les Canadiens le goût d'investir leurs épargnes dans des actions plutôt que dans des obligations et autres placements à revenus fixes.

L'assurance-vie considérée comme moyen de protection d'une somme fixe de dollars payable au décès perdait en outre une partie de son attrait dès que les assurés réalisaient la perte de pouvoir d'achat de la monnaie. Pour conserver à l'institution son rôle d'épargne il

⁹⁰ Selon le *Rapport du Comité canadien d'étude des fonds mutuels et des contrats de placement*, Etude fédérale et provinciale, 1969, (ci-après dénommé le Rapport), le Canada est le pays dont les habitants portent le plus d'assurance-vie au regard du revenu national, p. 143.

⁹¹ *Ibid.*, p. 669.

⁹² *Loi modifiant la loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques*, S.R.C. 1970, 1^{er} supplément, c. 19, art. 25; *Loi modifiant la loi sur les compagnies d'assurance étrangères au Canada*, S.R.C. 1970, 1^{er} supplément, c. 20, art. 9. La loi provinciale de l'assurance n'a pas encore été modifiée au Québec, où l'on trouve seulement une application particulière de la nouvelle institution dans L.Q. 1969, c. 110, art. 23, qui autorise une compagnie à réaliser des opérations d'assurance à prestations fixes ou variables, et avec ou sans participation aux profits. Le même article définit le contrat à prestations variables comme un contrat en vertu duquel la valeur monétaire de l'ensemble ou d'une partie des prestations payables par la compagnie varie suivant la valeur des avoirs qui s'y rapportent et il précise qu'un contrat avec participation aux profits n'est pas de ce seul fait un contrat à prestations variables.

⁹³ *Loi sur les compagnies d'assurances canadiennes et britanniques*, S.R.C. 1970, c. 1, 15, art. 62 à 67; l'article 65 a été abrogé par S.R.C. 1970, 1^{er} supplément, c. 19, art. 20, qui le remplace par un article élargissant les catégories d'actions dans lesquelles une compagnie d'assurance-vie peut placer ses fonds; *Loi des Assurances*, (Québec), S.R.Q. 1964, c. 295, art. 154. Selon le *Rapport*, au 31 décembre 1967, les sociétés canadiennes d'assurance-vie avaient investi un peu moins de 5% de leur actif dans des actions ordinaires, alors que les fonds mutuels y plaçaient environ 89% de leur actif, p. 141.

fallait à la fois offrir à l'assuré la possibilité de participer à la hausse des valeurs spéculatives et lui donner une protection contre l'avalissement de la monnaie. La conjugaison de ces préoccupations favorisait la naissance des polices variables.

Ce n'est, du reste, pas seulement l'attrait du profit qui a amené les compagnies d'assurance à imaginer cette nouvelle forme de contrat. Il y avait pour elles une nécessité vitale à s'adapter aux tendances du marché des valeurs à long terme, qui s'est caractérisé par un essor sans précédent des valeurs spéculatives au cours des deux dernières décennies. Les contrats à prestations variables constituent une réaction au phénomène de la croissance économique, qui se traduit aujourd'hui par l'inflation. Les compagnies d'assurance, placées au centre du système capitaliste, ont été naturellement portées à rechercher des mesures positives d'adaptation à l'évolution économique, plutôt que de prendre des mesures de lutte contre l'inflation, telles que l'insertion de clauses d'indexation dans leurs contrats. Elles étaient d'autant moins enclines à recourir à l'indexation que cette technique peut encourir le reproche de vouloir concilier les inconciliables, à savoir la croissance et la sécurité. Au contraire le contrat à prestations variables sacrifie la sécurité au profit de la croissance, dans la logique de cette dernière⁹⁴.

Mais la transformation du contrat d'assurance-vie était profonde puisque la sécurité qui le caractérise est en effet incompatible avec la variabilité de la prestation stipulée par l'assuré au profit du bénéficiaire. On retombe sur l'éternel dilemme de l'investisseur qui doit choisir entre la sécurité et le risque que représentent respectivement l'obligation et l'action. En supprimant de toute façon le facteur de sécurité pour l'épargnant, l'effritement monétaire a dû largement contribuer à le pousser vers le marché des actions et son avatar celui des fonds mutuels. Les compagnies d'assurance ont suivi l'épargnant dans sa migration quasi-forcée vers le risque. En conséquence elles devaient lui offrir un contrat nouveau, très différent de l'ancien : de fixe et garantie qu'elle était, la prestation devenait variable et non garantie⁹⁵. Cette transformation exigeait l'intervention du législateur pour permettre aux compagnies d'émettre des polices comportant des bénéfices non garantis, mais pouvant varier suivant les fluctuations des valeurs en portefeuille. C'est aujourd'hui chose faite, du moins au fédéral⁹⁶, car les provinces n'ont pas encore modifié leurs lois des assurances, ce qui n'a pas empêché certaines d'entre elles de réglementer les conditions des nouveaux contrats⁹⁷.

⁹⁴ C'est la même logique que celle qui fait supprimer dans la *Loi de protection du consommateur* les quelques restrictions au crédit inscrites dans le Code civil au chapitre de la vente à tempérament, mais inappliquées en pratique. *Supra*, section I, 1, C.

⁹⁵ Le *Rapport* indique qu'en pratique les compagnies combinent des bénéfices garantis et des bénéfices variables, selon des formules variant considérablement avec les polices des diverses sociétés d'assurance, pp. 140 et 142.

⁹⁶ Lois précitées, *supra*, note 92.

⁹⁷ Ontario: *Regulation made under the Securities Act, 1966*, *The Ont. Gaz.*, O. Reg. 385/70; *Regulation made under the Insurance Act, Variable Contracts of Life Insurers*, *The Ont. Gaz.*, O. Reg. 386/70. Au Québec, le Surintendant des assurances a envoyé une directive aux compagnies d'assurance au sujet de l'assurance-vie variable.

Conclusion

L'adaptation des rapports juridiques aux circonstances économiques revêt donc des aspects variés au Canada. La modération de l'inflation et le maintien du principe de liberté contractuelle ont permis un ajustement dans le domaine du droit des affaires. L'accentuation relativement récente de la dépréciation monétaire entraîne des solutions plus énergiques en droit social et en droit du travail notamment. En matière contractuelle, l'inflation caractérisée favorise le développement de nouvelles formes de contrats qui, sans être uniquement inspirées par elle, lui doivent certainement de nouveaux adeptes chassés du domaine des contrats traditionnels à prestations fixes par la diminution du pouvoir d'achat de la monnaie. Le conflit qu'on a vu surgir à propos de l'assurance variable entre la sécurité et le risque est au fond le conflit fondamental que la dépréciation monétaire apporte dans le droit tout entier: ce qui caractérise un droit, c'est le choix qu'il fait entre les deux.

Même quand l'inflation est à l'état latent, son influence se fait sentir sur le comportement des créanciers tentés de se protéger en haussant toujours davantage le taux d'intérêt, ce qu'ils ne manquent pas de faire quand la loi leur en laisse presque entière liberté, comme c'est le cas au Canada. C'est ce qui explique d'ailleurs que l'on ait adopté dans ce pays, au début de la dernière et de la présente décennie, des lois de protection des débiteurs, alors que l'inflation amenait déjà d'autres pays à envisager plutôt de protéger les créanciers.

Avant l'accélération de la dépréciation monétaire depuis quatre ans et la crise du dollar américain, le droit des affaires commence à suivre le mouvement amorcé en droit social et en droit du travail. Après s'être contentés de se protéger au niveau des intérêts, les créanciers songent à sauvegarder leur capital. Cependant l'indexation est restée marginale en ce domaine car elle constitue une mesure de défiance contre la monnaie. Les Canadiens n'ont pas eu les expériences douloureuses des Européens notamment, à ce sujet. Ils font encore confiance au système libéral. Le gouvernement provincial du Québec s'est écarté de la doctrine libérale en matière de logement des classes défavorisées, qui est le point noir de toutes les sociétés d'abondance contemporaines (à l'exception, paraît-il, de la Suède). Après vingt ans de dirigisme mitigé et provisoire il va devoir prendre en ce domaine une orientation définitive, que les précédents en matière de protection du consommateur laissent deviner comme assez traditionnelle. Ce problème situé à la frontière du droit contractuel et du droit social met en lumière l'éternelle alternative entre le libéralisme et le dirigisme.

Dans un droit qui met l'accent sur l'idée d'équilibre et de justice (commutative s'entend) l'inflation est un élément perturbateur qui tend à engendrer la généralisation des clauses monétaires à tous les secteurs du droit, dans un esprit défensif. Au contraire, dans un droit fondé sur l'idée de *bargain*, les déséquilibres monétaires illustrés par les monnaies flottantes, ne sont pas vus d'un œil aussi sévère. Ils sont plutôt envisa-

gés comme la conséquence plus ou moins inévitable et regrettable de la croissance économique. C'est sans doute dans ces points de vue opposés du droit civil et de la *common law* qu'il faut chercher l'explication de l'attitude si différente devant l'inflation de la majorité des pays de droit civil européens et du Québec, pays de tradition civiliste fortement influencé par la *common law*. Au Québec comme dans le reste du Canada, on a vu que les clauses monétaires proprement dites étaient réservées au secteur social et à celui du travail. Quant au monde des affaires, grandes et petites, il se meut encore largement dans un libéralisme qui lui permet d'imaginer des formules nouvelles de contrats adaptés à l'évolution économique. Il semble que la distinction faite par un auteur canadien entre *those who are speculatively inclined* et *those who are not* soit en train de s'inscrire dans le droit⁹⁸. Une loi qui protège le « consommateur » est le signe apparent d'une dichotomie de la société : elle montre que nous sommes loin, en réalité, du libéralisme imaginé au XIX^e siècle, qui supposait un ordre juridique composé de sujets de droit égaux . . .

Mais voilà que ce nouveau libéralisme est menacé du fait de la suspension des règles du jeu par le principal partenaire. On risque d'assister à la réactivation des mesures d'urgence et à l'extension de l'usage des clauses d'indexation.

⁹⁸ H. F. ANGUS, *The Fiction of the Dollar*, (1953) 31 C.B.R. 295, p. 299.