



# REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

NUMÉRO SPÉCIAL

## La bonne foi : 30 ans de codification et d'interprétation jurisprudentielle

Avant-propos

Brigitte Lefebvre

La codification de la bonne foi en droit québécois :  
un rendez-vous manqué?

Gabriel-Arnaud Berthold  
et Élise Charpentier

Les critères de la raison et de l'équité en  
droit néerlandais : tenants et aboutissants

Diana Dankers-Hagenaars

L'impact de la bonne foi en droit de la construction

Marie-Hélène Dufour

L'obligation de collaboration dans les contrats  
relationnels : mythes et préjugés

Marie Annik Grégoire

Quelle place pour la bonne foi lors des pourparlers?

Brigitte Lefebvre

Bonne foi et théorie de l'imprévision : regard sur les  
enseignements de l'affaire *Churchill Falls (Labrador)*  
*Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*

Jérémie Torres-Ceyte

# Bonne foi et théorie de l'imprévision : regard sur les enseignements de l'affaire *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*

Jérémie Torres-Ceyte\*

**Good Faith and the Theory of Unforeseeability: A Look at the Lessons from the *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. v. Hydro-Québec* case**

**La buena fe y la teoría de la imprevisión: una mirada a las lecciones del caso *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. contra Hydro-Québec***

**Boa-fé e teoria da imprevisão: olhar sobre os ensinamentos do caso *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec***

**诚实信用原则与不可预见理论: *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. 公司诉 Hydro-Québec (魁北克水电公司)* 案的教训与启示**

---

## Résumé

L'affaire *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec* a incontestablement enrichi le débat sur les rapports entre la notion de bonne foi et la théorie de l'imprévision. Cette affaire a notamment permis à la jurisprudence de clarifier le rôle de la bonne foi en cette matière. L'auteur explore les enseignements qui résultent de cet arrêt quant à ce rôle de la bonne foi. Ainsi, il tente de démontrer

## Abstract

*Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. v. Hydro-Québec* case has unquestionably enhanced the debate on the relationship between the notion of good faith and the theory of unforeseeability. The case allowed the courts to clarify the role of good faith in this respect. The author explores the lessons to be drawn from this case regarding the role of good faith. He seeks to demonstrate that, while good

---

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

que si la bonne foi ne peut servir de fondement à la révision du contrat par le juge, elle peut toutefois être un instrument de son intervention en cas d'imprévision.

## Resumen

El caso *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. contra Hydro-Québec* ha enriquecido innegablemente el debate sobre la relación entre la noción de buena fe y la teoría de la imprevisión. Este caso en particular ha permitido a la jurisprudencia aclarar el papel de la buena fe en esta materia. El autor explora las lecciones que se desprenden de este caso en cuanto al papel de la buena fe. De esta manera, trata de demostrar que, si bien la buena fe no puede servir de fundamento para la revisión judicial del contrato, sí puede ser instrumento para la intervención judicial en casos de imprevisión.

## 摘要

Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. 公司诉 Hydro-Québec (魁北克水电公司) 案无疑充实了关于诚实信用概念与不可预见理论之间关系的论争。特别是, 本案使判例法得以澄清诚实信用在这一领域的作用。作者探讨了从本案得出的关于诚实信用作用的教训。由此试图证明, 即便诚实信用原则不能作为法官审核合同的依据, 但在发生不可预见状况时, 可以成为法官实施干预的工具。

---

faith cannot serve as a ground for the judge's review of a contract, it can nevertheless be an instrument for his intervention in cases of unforeseeability.

## Resumo

O caso *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec* enriqueceu incontestavelmente o debate sobre a relação entre a noção de boa-fé e a teoria da imprevisão. Este caso permitiu a jurisprudência de notadamente esclarecer o papel da boa-fé nessa matéria. O autor explora os ensinamentos que resultam deste caso quanto ao papel da boa-fé. Assim, tenta demonstrar que, se a boa-fé não pode servir de fundamento à revisão do contrato pelo juiz, todavia pode ser instrumento de sua intervenção em caso de imprevisão.

## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	333
<b>I. La bonne foi : fondement inopportun de la révision du contrat par le juge en cas d'imprévision</b> .....	338
A. Un fondement contraire à la volonté du législateur .....	339
B. Un fondement porteur d'ambiguïté.....	341
<b>II. La bonne foi : instrument possible de l'intervention du juge en cas d'imprévision</b> .....	344
A. Un instrument au soutien de l'efficacité du contrat.....	345
B. Un instrument de sanction du comportement du contractant .....	348
<b>Conclusion</b> .....	349



La révision du contrat pour imprévision est incontestablement une question lancinante du droit civil des contrats et le spectre de la décision rendue, en France, dans l'affaire du *Canal de Craponne*<sup>1</sup> hante encore notre droit<sup>2</sup>. On peut observer qu'il se livre autour de cette question une bataille idéologique féroce parce « qu'elle met en jeu les conceptions fondamentales de la matière »<sup>3</sup>. Il est même possible de soutenir que la question cristallise, à elle seule, le conflit de valeurs qui tourmente notre droit entre « l'autonomie de la volonté et sa mise en œuvre, la force obligatoire du contrat, d'une part et, d'autre part, la justice contractuelle et son incarnation en droit positif, la bonne foi et l'équité »<sup>4</sup>.

À cet égard, les décisions rendues dans l'affaire *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec* par la Cour supérieure<sup>5</sup>, par la Cour d'appel du Québec<sup>6</sup> et par la Cour suprême du Canada<sup>7</sup> constituent peut-être l'acmé de cette confrontation, en ce que ce débat entre force obligatoire et bonne foi a été porté explicitement – et très frontalement – par les parties elles-mêmes devant les tribunaux. En effet, dans cette affaire, les juges étaient invités à trancher le litige qui opposait l'entreprise Hydro-Québec et la compagnie Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited à propos d'un accord scellé en 1969 pour une durée de 65 ans. En vertu de cet accord, Hydro-Québec achète l'électricité produite par Churchill Falls à un prix convenu au moment de la signature de l'entente. Or, au fil du temps – essentiellement en raison de l'évolution du marché de l'électricité – le prix convenu est devenu très avantageux pour Hydro-Québec qui

---

<sup>1</sup> Cass. Civ. 6 mars 1876, D.P. 1876.1.193, note Antoine GIBOULOT; Henri CAPITANT, François TERRÉ, Yves LEQUETTE et François CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13<sup>e</sup> éd., t. 2 « Obligations – Contrats spéciaux – Sûreté », Paris, Dalloz, 2015, p. 172 et suiv., n<sup>o</sup> 165. Voir aussi Yves LEQUETTE, « La destinée d'un grand arrêt: *Le canal de Craponne* », dans Benoît MOORE (dir.), *Les grands arrêts*, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 137.

<sup>2</sup> Voir notamment Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, à la p. 1311, n<sup>o</sup> 2231, selon les auteurs: « [L]es tribunaux du Québec, à l'instar des juridictions de France, sont franchement hostiles à [l'imprévision]. Le point de départ de cette prise de position est incontestablement un arrêt de la Cour de cassation dans la célèbre affaire du *Canal de Craponne*. » [références omises].

<sup>3</sup> Pascal ANCEL, *Rép. civ.* Dalloz, v<sup>o</sup> *Imprévision*, n<sup>o</sup> 4.

<sup>4</sup> Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n<sup>o</sup> 83.

<sup>5</sup> *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, 2014 QCCS 3590.

<sup>6</sup> *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, 2016 QCCA 1229.

<sup>7</sup> *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46.

peut alors revendre l'électricité ainsi acquise avec un profit substantiel dont se trouve exclue Churchill Falls. Cette situation a conduit cette dernière à entamer diverses procédures<sup>8</sup> et notamment, pour ce qui concerne plus directement le sujet, une procédure visant à obtenir la renégociation du contrat conclut<sup>9</sup>. L'argument central qui était avancé par Churchill Falls au soutien de sa prétention reposait sur l'existence d'une obligation de renégocier ce contrat fondé sur les exigences de la bonne foi<sup>10</sup>. Hydro-Québec opposait à cet argument le fait que la reconnaissance d'une telle obligation serait, dans les circonstances, basée sur la théorie de l'imprévision que notre droit a expressément rejetée<sup>11</sup>. À cette occasion, au-delà des faits, dont on peut douter qu'ils relèvent véritablement de la théorie de l'imprévision, les différents juges appelés à se prononcer sur l'affaire ont donc pu significativement enrichir le débat et nourrir la réflexion sur les rapports entre la théorie de l'imprévision et la bonne foi.

Ce débat, il faut bien le concéder de manière liminaire, a une importance pratique relativement faible. Au-delà de quelques affaires éparses, il ne fait pas l'objet d'une jurisprudence très étoffée<sup>12</sup>. L'intérêt de la question vient surtout de la charge symbolique dont elle est lestée. On peut penser que le débat sur l'imprévision – avec le débat sur la lésion – focalise la déception qu'ont engendrée les choix opérés par le législateur au moment de l'adoption de la réforme du *Code civil du Québec* pour une partie de la doctrine<sup>13</sup>. Plus généralement, à l'instar de ce qui a pu être observé en droit fran-

<sup>8</sup> Cf. *Renvoi relatif à Upper Churchill Water Rights Reversion Act, 1980 (Terre-Neuve)*, [1984] 1 R.C.S. 297, et *Terre-Neuve (Procureur général) c. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 R.C.S. 1085, *Hydro-Québec c. Churchill Falls (Labrador) Corp.*, [1988] 1 R.C.S. 1087.

<sup>9</sup> Voir *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 5, par. 3 à 7.

<sup>10</sup> Voir *id.*, par. 208 à 210.

<sup>11</sup> Voir *id.*, par. 8 et 9.

<sup>12</sup> Voir notamment *H. Cardinal Inc. c. Dollard-des-Ormeaux (Ville de)*, J.E. 87-970 (C.A.); *Québec (Procureur général) c. Kabakian-Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.); *Coderre c. Coderre*, 2008 QCCA 888.

<sup>13</sup> Voir notamment Pierre-Gabriel JOBIN, « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du code civil au Québec », *RTD civ.* 2004.693; pour l'auteur : « La profondeur – relative – des convictions du législateur québécois en cette matière continue de se faire ressentir de nos jours par l'absence notable dans le Code civil du Québec de règles générales sur la lésion entre majeurs et l'imprévision. »; *adde* Maurice TANCELIN, « La mesure des principaux changements proposés en matière contractuelle », (1988) 29 *C. de D.* 865; Pierre-Gabriel JOBIN, « La modernité du droit commun

çais sous l'impulsion de la doctrine solidariste<sup>14</sup>, on peut penser que le débat sur l'imprévision en droit québécois s'inscrit dans le cadre du renouveau de la réflexion sur la justice contractuelle dans le sillage de la réforme du *Code civil du Québec*<sup>15</sup>.

Plus concrètement, dans les décisions rendues dans l'affaire *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, et plus largement en doctrine<sup>16</sup>, la problématique se noue autour de la question de la force obligatoire du contrat tel que notre droit la consacre à l'article 1439 du *Code civil du Québec* et aux termes duquel : « Le contrat ne peut être résolu, résilié, modifié ou révoqué que pour les causes reconnues par la loi ou de l'accord des parties. » Or, il faut bien admettre que, dans son acception la plus courante, la théorie de l'imprévision emporte un tempérament important à

---

des contrats dans le *Code civil du Québec* : quelle modernité? », *R.I.D.C.* 2000.49 ; Pierre-Gabriel JOBIN, « L'imprévision dans la réforme du Code civil et aujourd'hui », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 375.

<sup>14</sup> Cf. notamment Christophe JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat – ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit & Patrimoine* 1998.58.46 et Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle? », dans Philippe ARDANT (dir.), *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 609.

<sup>15</sup> Voir notamment Marie Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, à la p. 248, où selon l'auteure « l'absence de reconnaissance des principes de lésion entre majeurs et d'imprévision fait douter de la réelle volonté du législateur d'introduire au sein de la loi contractuelle de véritables principes de justice contractuelle aux dépens des principes toujours ancrés de la théorie de l'autonomie de la volonté » ; *adde* plus généralement Jean-Louis BAUDOUIN, « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 29.

<sup>16</sup> Voir notamment D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 2, à la p. 1294, n° 2205, où selon les auteurs : « Le caractère obligatoire du contrat suppose [...] que chaque contractant respecte son contenu. [...] Cela implique [...] que les juges ne peuvent, sauf habilitation législative ou conventionnelle, procéder à une réécriture du contrat. » ; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 4, n° 442 : « Selon le principe de la force obligatoire du contrat, les parties ne peuvent, sauf entente entre elles, modifier unilatéralement les termes de leur contrat ou les modalités de son exécution. La force obligatoire emporte comme conséquences non seulement qu'elles soient liées dans le temps, mais aussi quant au contenu de leur engagement. » [références omises] ; Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd. par Jean PINEAU et Serge GAUDET, Montréal, Éditions Thémis, 2001, à la p. 515, n° 285 : « De la même façon qu'il s'impose au parties, le contrat s'impose au juge. »



cette force obligatoire du contrat, en particulier en ce qu'elle accorde au juge le pouvoir de modifier le contrat en cas de survenance d'un événement étranger à la volonté des parties et imprévisible<sup>17</sup>. Ainsi, par-delà les controverses sur la définition même des critères nécessaires à l'application la théorie de l'imprévision<sup>18</sup>, l'idée selon laquelle le débiteur puisse être libéré – totalement ou partiellement – par le juge de l'exécution de l'obligation promise au motif que les circonstances dans lesquelles cette promesse a été formulée ont évolué – défavorablement pour lui – affecte incontestablement la stabilité formelle de l'engagement contractuel.

Toutefois, un tel constat – celui de l'entorse à la stabilité des contrats en raison de l'application de la théorie de l'imprévision – apparaît également impropre à restituer la juste mesure de la problématique de l'imprévision en droit contemporain. En effet, loin d'être un dogme rigide, l'intangibilité des contrats en cas d'imprévision est, avant tout, une conséquence parmi d'autres – notamment la pérennité de l'engagement – de sa force obligatoire. Or, dans cette perspective, en vertu notamment des dispositions mêmes de l'article 1439 du *Code civil du Québec*, l'intangibilité du contrat – y compris en cas d'imprévision – n'a que la tessiture que les parties lui accordent. Autrement dit, même en cas d'imprévision, le *contrarius consensu* est tou-

<sup>17</sup> Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14<sup>e</sup> éd., coll. « Quadrige », Paris, Presses Universitaires de France, 2022, v<sup>o</sup> « Imprévision (théorie de l') – 1 » : « Théorie [...] en vertu de laquelle le juge a le pouvoir de réviser un contrat à la demande d'une partie lorsque par suite d'un événement extérieur, étranger à la volonté des contractants (circonstances économiques, monétaires, etc.) et imprévisible lors de la conclusion d'où le nom de la théorie), l'exécution de celui-ci devient pour l'un des contractants non pas impossible (différence avec la force majeure), mais tellement onéreuse qu'elle risque de le ruiner [...], déséquilibre dans l'économie du contrat qui à la différence de la lésion survient en cours d'exécution. » ; comp. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, v<sup>o</sup> « Imprévision », où l'accent est mis ici sur la notion et non sur la théorie : « Changement de circonstances que l'une des parties ne pouvait prévoir lors de la formation du contrat et qui a pour effet d'en rendre l'exécution plus onéreuse [...] ».

<sup>18</sup> Voir notamment sur cette question M. A. GRÉGOIRE, préc., note 15, aux p. 237-238, où selon l'auteure la définition de l'événement donnant ouverture à l'imprévision reposant sur son caractère inconnu des parties « démontre un certain attachement, même non avoué à la théorie de l'autonomie de la volonté » ; *adde* Louis THIBERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. de L. AYNÈS, coll. « Recherche juridique », Paris, Economica, 2011, aux p. 319 et suiv., n<sup>o</sup> 545 et suiv., où l'auteur conteste la pertinence du critère de prévisibilité dans l'appréciation des critères permettant, le cas échéant, l'application de la théorie de l'imprévision.

jours possible en matière contractuelle<sup>19</sup>. D'ailleurs, comme cela est régulièrement rappelé dans les débats qui entourent l'admission ou le rejet de la théorie de l'imprévision, les parties peuvent non seulement convenir *a priori* que leur engagement est sujet à évolution en cas de survenance de l'imprévu grâce à des clauses d'adaptation<sup>20</sup>, mais aussi décider conjointement, même en cas de survenance de l'imprévu, de modifier les termes de leur engagement lors de son exécution<sup>21</sup>. En réalité, ce que garantit essentiellement la force obligatoire du contrat telle qu'elle résulte de l'article 1439 du *Code civil du Québec*, ce n'est pas l'intangibilité du contrat, c'est une zone d'exclusivité de la volonté commune des parties sur le devenir du contrat. En conséquence, notre droit qui protège énergiquement cette zone d'exclusivité contre l'unilatéralisme d'une des parties<sup>22</sup> se trouve confronté, avec la question de l'imprévision, à la perspective de sa remise en cause par le juge.

Ainsi circonscrit, le problème de l'imprévision en droit québécois semble donc être surtout celui de l'intervention – ou non – du juge dans le contenu du contrat en cas d'imprévision. De manière tout à fait révélatrice, c'est

<sup>19</sup> Voir notamment Jean-Pascal CHAZAL, « Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat ? », *R.D.C.* 2004.2.237, où selon l'auteur : « [S]i les parties ne peuvent unilatéralement révoquer leur convention, elles ne peuvent non plus la modifier sans accord mutuel. [...] Lorsque Domat exprime cette règle, que les rédacteurs du Code civil recopieront pour rédiger l'article 1134, il cite un fragment attribué à Ulpien (D. 50, 17, 35) relatif aux modes de "dissolution" des obligations, dans lequel est exposé un principe de parallélisme des formes : l'obligation verbale se détruit verbalement, l'obligation consensuelle par un consentement contraire (contrario consensu). C'est excessivement solliciter le texte que d'y voir autre chose, et notamment un principe d'intangibilité absolu des conventions. »

<sup>20</sup> Voir notamment Yves LEQUETTE, « De l'efficacité des clauses de Hardship », dans Sarah BROS et Blandine MALLET-BRICOUT (dir.), *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Paris, Economica, 2010, p. 267, où l'auteur présente les clauses d'adaptation – sous leurs différentes formes – comme des remèdes adaptés au rejet de la théorie de l'imprévision en droit français antérieurement à la réforme de 2016.

<sup>21</sup> Voir notamment Didier LLUELLES, « La révision du contrat en droit québécois », (2006) 36 *R.G.D.* 25, où l'auteur rappelle que la modification du contrat peut toujours s'auto-riser de l'accord des parties, même en cours d'exécution.

<sup>22</sup> Voir notamment D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 2, aux p. 1295 et suiv., n° 2206 et suiv. ; voir plus largement Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des contrats : actes du colloque du 9 janvier 1998*, coll. « Études juridiques », Paris, Économica, 1999, et Pierre LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. de S. CHASSAGNARD-PINET, avant-propos de G. CHANTEPIE, coll. « Bibliothèque de Thèse », Paris, Mare & Martin, 2014.

d'ailleurs sous cet angle qu'il est abordé par plusieurs en doctrine québécoise<sup>23</sup>.

À partir de ce constat, il est possible de revisiter la question des rapports entre la théorie de l'imprévision et la bonne foi pour tenter de débusquer quels peuvent être les paramètres de l'intervention du juge en la matière. Il faudra alors, tout d'abord, constater que la bonne foi est un fondement inopportun de la révision du contrat par le juge en cas d'imprévision (I); et ensuite, dans un second temps, observer que la bonne foi peut être un instrument souhaitable de l'intervention du juge dans le contrat en cas d'imprévision (II).

## I. La bonne foi : fondement inopportun de la révision du contrat par le juge en cas d'imprévision

Il ne saurait s'agir ici de contester que le juge est investi d'un rôle majeur en matière contractuelle<sup>24</sup>. Il faut d'ailleurs constater que le *Code civil du Québec* a, de toute évidence, renforcé les pouvoirs du juge à cet égard, notamment en multipliant les références à la bonne foi<sup>25</sup>. Toutefois, il n'en demeure

<sup>23</sup> Voir notamment D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 2, aux p. 1309 et suiv., n° 2229 et suiv. : les auteurs abordent la question de l'imprévision dans une section intitulée « Le contenu s'impose aussi au juge : l'impossible modification judiciaire du contrat, en dépit d'un changement des circonstances »; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 16, aux p. 515 et suiv., n° 285 et suiv., où les auteurs abordent la question de l'imprévision dans un paragraphe intitulé : « Le contrat s'impose au juge »; comp. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 4, n° 442 et suiv., les auteurs abordent la question de l'imprévision dans un paragraphe intitulé : « Le contrat n'est pas modifiable unilatéralement ».

<sup>24</sup> Cf. plus généralement sur le rôle du juge en droit civil Adrian POPOVICI, « Le droit civil, avant tout un style... », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 207, et Jean HAUSER, « Le juge et la Loi », *Pouvoirs* 2005.114.139.

<sup>25</sup> Cf. notamment Pierre-Gabriel JOBIN, « La révision du contrat par le juge dans le Code civil », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 399; Jean PINEAU, « Les pouvoirs du juge et le nouveau Code civil du Québec », dans *Nouveaux juges. Nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 363; J.-L. BAUDOUIN, préc., note 15; Nathalie CROTEAU, « L'intervention du tribunal dans les contrats », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 15; Pierre-Gabriel JOBIN, « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », (2006) 47 *C. de D.* 3.

pas moins que le juge est limité dans son office par les pouvoirs que lui confère le législateur. Or, incontestablement, le législateur n'a pas conféré au juge le pouvoir de réviser le contrat en cas d'imprévision; il a rejeté la théorie de l'imprévision en ce qu'elle permet la révision judiciaire du contrat, lors de la réforme du *Code civil du Québec*. Ce choix doit évidemment être à la base de toute réflexion en la matière (A). Du reste, au-delà même de ce choix, l'ambiguïté inhérente à la notion de bonne foi paraît disqualifier son apport au pouvoir éventuel du juge (B).

## A. Un fondement contraire à la volonté du législateur

Dans le contexte de ce choix fait par le législateur, l'appel à la bonne foi formulé par certains afin de légitimer l'intervention du juge en matière d'imprévision ne serait pas simplement un tempérament à la force obligatoire du contrat; il constituerait avant tout une entorse à la volonté explicite du législateur.

L'histoire du choix du législateur est connue et bien documentée<sup>26</sup>: elle est aussi brève qu'éloquente. L'article 75 du *Livre cinquième* sur les obligations du *Projet de Code civil* de l'Office de révision du Code civil du Québec (O.R.C.C.) prévoyait une disposition qui admettait la révision pour imprévision<sup>27</sup>; l'avant-projet de loi sur les obligations des années 1980 ne reprenait pas cette disposition<sup>28</sup>; le *Code civil du Québec* finalement adopté entérine cette absence, sous réserve des dispositions de l'article 1834 du *Code civil*

<sup>26</sup> Voir notamment P.-G. JOBIN, « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du Code civil du Québec », préc., note 13, où l'auteur expose en détail le cheminement de la règle relative à l'imprévision dans le processus de réforme qui a abouti à l'adoption du *Code civil du Québec*.

<sup>27</sup> OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1., *Projet de Code civil*, Québec, 1978, p. 345, art. 75: « La 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, résoudre, résilier ou réviser un contrat dont l'exécution entraînerait un préjudice excessif pour l'une des parties, par suite de circonstances imprévisibles qui ne lui sont pas imputables. »; *adde* OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2, *Projet de Code civil*, Québec, t. 2, livres 5 et 6, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 624 et suiv., spéc. p. 625: « [C]ette règle est perçue comme représentant, au fond, le complément d'une politique législative générale qui vise à établir une meilleure justice et équité dans les rapports contractuels. »

<sup>28</sup> *Loi portant réforme au code civil du Québec du droit des obligations*, avant-projet de loi, 1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> légis., Québec, Éditeur officiel, 1987.

du Québec applicables en matière de donation avec charge et des dispositions de l'article 1994 du *Code civil du Québec* applicables en matière de baux, qui autorisent – de manière tout à fait exceptionnelle – la révision du contrat pour imprévision. Au-delà des appréciations et discussions que peut légitimement susciter ce choix<sup>29</sup>, il ne peut en aucun cas être occulté. Il convient donc, *a minima*, de « prendre acte de la volonté apparente du législateur »<sup>30</sup>. Dans ce sens, il faut convenir, avec les juges de la rue Wellington, qu'il s'agit là d'un obstacle dirimant à la reconnaissance de la théorie de l'imprévision dans notre droit<sup>31</sup>.

Cette franche prise de position du législateur québécois moderne est d'ailleurs l'un des éléments qui distinguent nettement notre droit par rapport au droit français antérieur à l'Ordonnance de 2016 portant réforme du droit des obligations. En effet, il était possible, à propos du silence du législateur français en 1804, de nourrir des opinions divergentes et de soutenir alternativement que la règle du refus de l'imprévision n'était pas envisagée – et que donc il appartenait au juge décider ou non de sa reconnaissance – ou, à l'inverse que la règle ne pouvait être ignorée par les rédacteurs du Code civil de 1804 – et qu'il fallait donc comprendre qu'ils l'avaient rejetée<sup>32</sup>. De telles variations dans l'interprétation de la volonté du législateur québécois sont *a priori* exclues. Notre législateur a envisagé l'admission de la révision du contrat pour imprévision et il a choisi délibérément de l'écarter.

Il semble en réalité douteux, comme le relèvent d'ailleurs les différents juges dans les décisions rendues dans l'affaire *Churchill Falls (Labrador) Cor-*

<sup>29</sup> Voir notamment P.-G. JOBIN, « La modernité du droit commun des contrats dans le *Code civil du Québec*: quelle modernité? », préc., note 13, aux p. 58 et suiv., où selon l'auteur, « dans le contexte de la mondialisation et de l'instabilité des marchés, ce choix politique a de quoi surprendre »; *adde* Pierre-Gabriel JOBIN, « L'équité en droit des contrats », dans P.-C. LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2003, p. 473.

<sup>30</sup> D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 2, à la p. 1326, n° 2250.

<sup>31</sup> *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 7, par. 92 : « [L]'évocation de cette théorie se heurte toutefois à des obstacles dirimants pour CFLCo. [...] [D]e manière fondamentale, cette théorie n'est pas reconnue dans le droit civil québécois actuel. »; *comp. Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 6, par. 111 et suiv., où la Cour d'appel proposait une analyse plus nuancée de l'impact du choix du législateur.

<sup>32</sup> Voir notamment C. JAMIN, préc., note 14, aux p. 50 et suiv., où l'auteur soutient que le silence du législateur de 1804 en France n'était pas de nature à permettre de trancher en faveur ou en défaveur de la théorie de l'imprévision.

*poration Ltd. c. Hydro-Québec*, que les juges puissent s'arroger un tel pouvoir sans l'aval du législateur. Plusieurs systèmes juridiques qui ont admis la théorie de l'imprévision semblent avoir procédé par un tel acte législatif<sup>33</sup>. Si l'on admet – et plus encore promeut – la charge symbolique d'une telle admission dans notre droit, il ne peut apparaître opportun d'y procéder en catimini derrière les portes du palais, dans le secret d'une salle de délibération.

## B. Un fondement porteur d'ambiguïté

Au-delà même de ce choix, d'aucuns avancent l'existence d'un hiatus dans la volonté du législateur qui n'aurait pas justement calibré son intervention en matière d'imprévision au regard des exigences nouvelles de la bonne foi.

<sup>33</sup> Cf. notamment art. 1195 C.civ. (France) : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. » ; art. 5.74 C.civ. (Belgique) : « Changement de circonstances. Chaque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué. Toutefois, le débiteur peut demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies : 1° un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger ; 2° ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat ; 3° ce changement n'est pas imputable au sens de l'article 5.225 au débiteur ; 4° le débiteur n'a pas assumé ce risque ; et 5° la loi ou le contrat n'exclut pas cette possibilité. Les parties continuent à exécuter leurs obligations pendant la durée des renégociations. En cas de refus ou d'échec des renégociations dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, ou mettre fin au contrat en tout ou en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon des modalités fixées par le juge. L'action est formée et instruite selon les formes du référé. » ; *adde* § 313 B.G.B. (Allemagne), art. 6:258 NBW (Pays-Bas).

Ainsi, selon certains, « [u]n système juridique fondé sur la bonne foi ne peut pas tolérer les graves injustices causées par un changement de circonstances »<sup>34</sup>. Pour d'autres, « en refusant de reconnaître l'imprévision, le droit québécois retire à la bonne foi un de ses outils utiles au rétablissement de la commutativité soutenant le contrat »<sup>35</sup>. Pour ces auteurs<sup>36</sup>, il y aurait donc bien une ambiguïté dans la volonté du législateur de 1994. Toutefois, cette ambiguïté ne résiderait pas tant dans sa volonté de rejeter la théorie de l'imprévision – qui elle est claire – que dans les moyens qu'il permet au juge de mettre en œuvre au service de la consécration de la bonne foi. Autrement dit, le refus de permettre la révision judiciaire du contrat pour imprévision serait en lui-même une incohérence au regard de la place accordée à la bonne foi dans notre droit.

Une telle objection est évidemment sérieuse. Elle engage sûrement les convictions profondes des défenseurs d'une plus grande justice contractuelle. En référant à la fonction adaptative de la bonne foi pour saisir la question de la théorie de l'imprévision<sup>37</sup>, ces auteurs visent à promouvoir la commutativité objective de l'engagement contractuel. Toutefois, de cette objection s'évince aussi une conception univoque de la bonne foi. Or, il faut constater que la notion n'est pas univoque; le constat est connu: « Notion protéiforme, la bonne foi échappe finalement à toute tentative de rationalisation. »<sup>38</sup> Ainsi, à l'argument d'une opposition entre la force obligatoire du contrat et les exigences de la bonne foi, on pourrait opposer celui de leur complémentar-

<sup>34</sup> J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 4, n° 446; *adde* P.-G. JOBIN, « L'imprévision dans la réforme du Code civil et aujourd'hui », préc., note 13; P.-G. JOBIN, « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du code civil au Québec », préc., note 13; P.-G. JOBIN, « La modernité du droit commun des contrats dans le *Code civil du Québec*: quelle modernité? », préc., note 13.

<sup>35</sup> Voir notamment Brigitte LEFEBVRE, « La bonne foi: notion protéiforme », (1996) 26 *R.D.U.S.* 321, 352, où selon l'auteure: « La fonction adaptative de la bonne foi s'illustre principalement à travers la théorie de l'imprévision. Elle permet de modifier un contrat et de le rééquilibrer lorsque des circonstances imprévues viennent en cours de route modifier les règles du jeu et qu'il ne correspond plus à l'intention initiale des parties. »; *adde* M. A. GRÉGOIRE, préc., note 15, aux p. 239-240.

<sup>36</sup> Voir également Stefan MARTIN, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », (1993) 34 *C. de D.* 599, aux p. 624-625, où selon l'auteur la consécration de la bonne foi peut servir à admettre la théorie de l'imprévision; et Julie BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *R.D. McGill* 761.

<sup>37</sup> M. A. GRÉGOIRE, préc., note 15, aux p. 239-240.

<sup>38</sup> J.-L. BAUDOIN, préc., note 15, à la p. 33; *adde* B. LEFEBVRE, préc., note 36.

rité – ou de leur continuité – comme le font d'autres auteurs<sup>39</sup>. Un tel argument pourrait évidemment fonder la position du refus de la théorie de l'imprévision sur la même exigence de bonne foi. Dans cette perspective, on peut relever d'ailleurs que même Demogue – grand inspirateur de la doctrine solidariste moderne – écrivait dans son traité de droit des obligations à propos de l'imprévision, que l'argument de la bonne foi était « assez faible, car le texte vise surtout à empêcher le débiteur de donner moins qu'il ne doit »<sup>40</sup>. Il faut peut-être concéder qu'il serait pour le moins paradoxal que les exigences de la bonne foi autorisent le juge à attenter à la teneur d'un engagement contractuel qui ne souffre que de sa rigueur pour une des parties.

Au final, au regard de telles divergences, il faut constater qu'il y aurait un risque à reconnaître la théorie de l'imprévision – en ce qu'elle permet l'intervention directe du juge dans le contrat – sur le fondement d'une bonne foi par trop soumise aux aléas interprétatifs. Ce risque pourrait se matérialiser tout autant dans une trop grande ouverture, que, à l'inverse, dans une trop grande fermeture du mécanisme au gré des interprétations qu'il recevrait. Ni les adversaires ni les partisans de la théorie de l'imprévision ne seraient alors satisfaits et notre droit n'aurait pas gagné en certitude. Il faut observer à cet égard que certaines codifications récentes de la théorie sont d'ailleurs affranchies de toute référence à la bonne foi. Ainsi, ni les principes Unidroit<sup>41</sup>, ni le nouveau droit français<sup>42</sup>, ni le nouveau droit belge<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Voir notamment L. THIBIERGE, préc., note 18, p. 399, n° 714 : selon l'auteur, « la bonne foi s'inscrit dans le prolongement de la force obligatoire. Elle n'a qu'une utilité : donner au contrat son entière efficacité. »

<sup>40</sup> René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, v. 2 « Effet des obligations », Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1932, p. 692, n° 634 bis.

<sup>41</sup> Cf. art. 6.2.2 et 6.2.3 Principes d'Unidroit ; *adde* Paul-André CRÉPEAU avec la collab. de Élise M. CHARPENTIER, *Les principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : valeurs partagées ? – The Unidroit Principles and the Civil Code of Québec : Shared Values ?*, Scarborough, Carswell, 1998, p. 116 et suiv.

<sup>42</sup> Cf. art. 1195 C.civ. (France) ; *adde* Hugo BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016.247, où selon l'auteur : « [O]n ne manquera pas d'observer qu'à la faveur de la mise en place d'instruments spécifiques de rééquilibrage du contrat, la bonne foi perd une partie de ses implications pratiques dans la mesure où l'obligation d'information, initialement largement rattachée par la jurisprudence à la bonne foi, en est finalement détachée par l'édition d'un texte spécial, de même que l'obligation de renégociation du contrat en cas d'imprévision, elle aussi ponctuellement reconnue naguère par quelques arrêts précurseurs sur le même fondement de la bonne foi. » [références omises]

<sup>43</sup> Cf. art. 5.74 C.civ. (Belgique).



qui admettent la théorie de l'imprévision ne fondent explicitement cette reconnaissance sur les exigences de la bonne foi.

## II. La bonne foi : instrument possible de l'intervention du juge en cas d'imprévision

S'il paraît inopportun de mobiliser la bonne foi pour fonder l'intervention directe du juge dans le contrat afin de pallier les conséquences de la survenance d'un événement relevant de la théorie de l'imprévision, est-ce à dire que la bonne foi ne peut jouer aucun rôle en la matière? Une réponse affirmative à cette question relèverait assurément d'un dogmatisme suranné. En conséquence, la réponse à cette question doit être nuancée. En réalité, à cet égard, il existe peut-être une voie médiane qui a été ouverte dans la décision rendue dans l'affaire *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec* par la Cour d'appel<sup>44</sup> et entérinée par la Cour suprême<sup>45</sup>. En effet, ces juridictions suggèrent une ouverture nouvelle de notre droit à la possibilité de mobiliser l'exigence de bonne foi, non pas pour fonder une révision judiciaire du contrat, mais plutôt pour sanctionner le comportement d'une partie qui refuserait à son cocontractant tout aménagement du contrat en cas de survenance d'un cas qui pourrait relever de la théorie de l'imprévision. En sommes, les magistrats invitent à recentrer le débat sur l'influence de la bonne foi en matière d'imprévision autour de son

<sup>44</sup> *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 6, par. 155, où les juges, après avoir énoncé des exemples de situations dans lesquelles les contractants font face à des difficultés importantes dans la mise en œuvre du contrat en raison d'une situation s'apparentant à l'imprévision, énoncent que « [d]ans de telles conditions, la partie qui se verrait refuser un atermolement, un allègement de ses obligations, un réaménagement du contrat ou toute autre concession objectivement raisonnable et non préjudiciable du point de vue de son cocontractant, pourrait faire valoir devant le tribunal que ce cocontractant manque de la sorte aux exigences de la bonne foi : il se conduit de manière irrationnelle et inexplicable, en un mot, déraisonnable. »

<sup>45</sup> *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 7, par. 110, où le juge Gascon semble approuver le raisonnement de la Cour d'appel, mais utilise toutefois une formulation négative : « [S]i une protection s'apparentant à celle qu'accorde la théorie de l'imprévision peut se manifester en l'espèce, c'est uniquement dans la mesure où la bonne foi l'autorise. Sur ce point, je partage l'avis de la Cour d'appel : on ne peut prétendre qu'une partie à un contrat qui refuse d'y apporter des modifications majeures en l'absence de "hardship" au sens des Principes d'Unidroit, ou lorsqu'aucune solution objectivement raisonnable ne s'offre à elle, viole par le fait même le devoir général d'exercer ses droits de bonne foi. »

acceptation moderne et objective : le comportement des parties<sup>46</sup>. Dans cette perspective, la bonne foi est pleinement restaurée dans son rôle de soutien à l'efficacité du contrat (A), dont la sanction vise le contractant avant le contrat (B).

## A. Un instrument au soutien de l'efficacité du contrat

La bonne foi, au-delà du rôle qu'elle peut jouer au profit de la « moralité contractuelle »<sup>47</sup>, ne saurait être totalement dépouillée de sa fonction de soutien à l'efficacité de l'engagement contractuel<sup>48</sup>. Autrement dit, il ne faudrait pas oublier que « la bonne foi s'inscrit dans le prolongement de la force obligatoire »<sup>49</sup>.

Dans cette perspective, il n'y a aucune incongruité pour le juge à mobiliser la bonne foi afin d'inviter les parties à dépasser la situation engendrée par la survenance d'un cas relevant ou s'apparentant à la théorie de l'imprévision au profit de la survie de l'engagement contractuel. C'est sûrement le sens qu'il est possible de donner au propos du juge Gascon dans la décision rendue dans l'affaire *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec* lorsqu'il affirme que « si la bonne foi peut tempérer les lectures formalistes de la lettre de certains contrats, elle sert tout autant à maximiser l'effet utile d'un contrat et des prestations qui en sont l'objet pour les parties à celui-ci »<sup>50</sup>. Ici, la bonne foi n'est donc pas le fondement d'une intervention inopportune du juge sur les termes de la relation contractuelle, mais bien l'instrument souhaitable d'une incitation par le juge à la prise en charge de l'imprévu par les parties.

<sup>46</sup> Voir notamment B. LEFEBVRE, préc., note 35, 328 : « Être de bonne foi, c'est avoir un comportement honnête. Être de bonne foi, c'est également avoir un comportement loyal. » ; *adde* sur la dimension objective de la bonne foi D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 2, aux p. 1133 et suiv. n° 1978 et suiv. ; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 4, n° 132 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 16, aux p. 36 et suiv., n° 17.3.

<sup>47</sup> Cf. J.-L. BAUDOIN, préc., note 15.

<sup>48</sup> Voir notamment Philippe LE TOURNEAU et Mathieu POUMARÈDE, *Répertoire de droit civil*, v° *Bonne foi*, n° 5 et suiv. : les auteurs retracent l'historique de la notion de bonne foi et mettent en lumière qu'elle est un instrument au service du projet contractuel.

<sup>49</sup> L. THIBIERGE, préc., note 18, à la p. 398, n° 714.

<sup>50</sup> *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 7, par. 103.

Très sommairement, il est possible de penser que cette incitation peut s'autoriser du déjà très fécond devoir de coopération en matière contractuelle<sup>51</sup>. Dans l'affaire *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, tant la Cour d'appel<sup>52</sup> que la Cour suprême<sup>53</sup>, bien que les différents juges n'envisagent pas son application aux faits de l'espèce, suggèrent indirectement qu'il pourrait s'agir d'une voie possible en la matière. Une telle ouverture ne doit pas étonner dans la mesure où les véritables situations d'imprévision sont certainement propices à « une saine collaboration entre créancier et débiteur »<sup>54</sup> dont le devoir de coopération est porteur. Dans ces circonstances, un authentique devoir de coopération devrait alors s'affirmer comme un tempérament à l'excessive inflexibilité de la position du créancier, tout comme à l'extravagance des demandes d'allègement du débiteur. Autrement dit, il s'agirait de fonder une modération toujours bienvenue des comportements des contractants. Du reste, les limites de ce devoir de coopération sont maintenant bien établies dans notre droit, comme le rappelle, là aussi le juge Gascon, encore dans la décision rendue dans l'affaire *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*: « [C]e devoir de coopération et de collaboration n'a que très rarement mené à la reconnaissance de l'obligation de modifier un contrat, et jamais encore à celle de redistribuer les profits qu'un contrat permet de réaliser. »<sup>55</sup>

Cette incitation par le juge à la prise en charge de l'imprévu par les parties peut également se lire dans le contexte plus général de l'évolution du droit canadien. En effet, à l'heure où notre Cour suprême s'attache à faire vivre en common law une exigence de contextualisation dans l'application d'un principe directeur général de bonne foi qu'elle a elle-même forgé<sup>56</sup>

<sup>51</sup> Voir spécifiquement sur ce devoir Christine LEBRUN, *Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat*, Montréal, LexisNexis, 2013; *adde* notamment D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 2, aux p. 1149 et suiv., n° 1997 et suiv.; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 4, n° 162; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 16, aux p. 372 et suiv., n° 315.

<sup>52</sup> *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 6, par. 140

<sup>53</sup> *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 7, par. 116.

<sup>54</sup> J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 16, à la p. 573, n° 315.

<sup>55</sup> *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 7, par. 116.

<sup>56</sup> Voir Daniel JUTRAS, « La bonne foi, l'imprévision, et le rapport entre le général et le particulier », *RTD civ.* 2017.138, citant la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, où l'auteur énonce: « Pour éviter de glisser vers des "généralités aimables ouvertes à toutes sortes d'interprétations", les tribunaux de droit civil comme ceux de *common law* doivent s'efforcer d'énoncer des règles contextualisées, "rattachées aux données précises de l'expérience", "car c'est

– notamment dans les affaires *Bashin c. Hrynew*<sup>57</sup>, *C.M. Callow Inc. c. Zolinger*<sup>58</sup> et *Wastech Services Ltd. c. Greater Vancouver Sewerage and Drainage District*<sup>59</sup> –, l'orientation proposée de notre droit en matière d'imprévision par nos juges est peut-être matinée du souci parallèle de faire évoluer la bonne foi en droit civil vers une conception plus concrète et corrélativement moins symbolique<sup>60</sup>. Or, il y a, dans le devoir de coopération, une dimension positive<sup>61</sup> dont on peut penser qu'elle traduit le souci de concrétisation des exigences de la bonne foi. Autrement dit, c'est la passivité coupable d'un contractant face à la piteuse débâcle de son partenaire qui serait ainsi sanctionnée.

Finalement, à travers les propos des différents juges dans l'affaire *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, notre droit consacre une idée ancienne, renouvelée notamment par M. Thibierge, selon laquelle « la bonne foi oblige les deux parties à donner pleine efficacité à leur convention, ce qui peut supposer de l'adapter au contexte économique »<sup>62</sup>.

---

ainsi que se fait la construction méthodique d'un droit prétorien à partir du code et des principes généraux du droit".» [références omises]

<sup>57</sup> 2014 CSC 71.

<sup>58</sup> 2020 CSC 45.

<sup>59</sup> 2012 CSC 7.

<sup>60</sup> *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc. note 6, par. 129 : « On peut donc redouter que, par accrétions successives, la notion ne devienne trop extensible, comme le démontrerait cette dernière citation si on la prenait au pied de la lettre. C'est ce que démontrent aussi bien d'autres passages de doctrine : énoncés en termes flous à leur tour, et tenant parfois du slogan vertueux, ils sont suffisamment indéterminés pour que le juge exerce sur les parties une sorte de magistère moral entre la conclusion et la terminaison du contrat, au point d'introduire une forme de justice distributive dans les relations entre cocontractants. Il n'est pas concevable qu'en adoptant les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. le législateur québécois ait souhaité donner une telle extension à la notion – indétermination n'est pas synonyme de vacuité. » [références omises]

<sup>61</sup> D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 2, à la p. 1149, n° 1997, où selon les auteurs le devoir de coopération « impose [...] à chaque partie un comportement actif, destiné à assister le cocontractant ».

<sup>62</sup> L. THIBIERGE, préc., note 18, à la p. 398, n° 713.

## B. Un instrument de sanction du comportement du contractant

Évidemment, il convient de ne pas verser dans l'angélisme, et sans nier l'effet prophylactique d'une telle règle<sup>63</sup>, il peut être difficile d'imaginer que des parties s'en remettent à la coopération sans un incitatif puissant<sup>64</sup>. Or, du côté de ses sanctions aussi une intervention du juge fondée sur la bonne foi offre des perspectives intéressantes.

Ainsi, l'octroi de dommages et intérêts, à titre de sanction de principe d'un manquement à l'exigence de bonne foi<sup>65</sup>, est sûrement la sanction la plus adaptée dans une telle situation. S'agissant alors de replacer la victime du non-respect des exigences de la bonne foi dans un *statu quo ante*, la compensation allouée pourrait alors couvrir « les sommes déboursées pour supporter seule le poids de l'imprévu »<sup>66</sup>. Autrement dit, il s'agirait ici, par cette sanction, de rééquilibrer l'allocation des risques du contrat sans pour autant toucher à la chair de l'engagement, en préservant donc la zone d'exclusivité de la volonté commune des parties sur le devenir du contrat garanti par l'article 1439 du *Code civil du Québec*.

Au total, c'est peut-être là l'enseignement le plus important des codifications modernes en la matière, notamment les principes Unidroit, le droit belge et explicitement le droit français. La théorie de l'imprévision a peu à voir avec les questions de moralité; elle est avant tout un outil au service de l'allocation des risques dans le contrat. Il semble significatif à cet égard que l'argumentation de Churchill Falls se soit échouée très précisément sur ce point de l'allocation des risques dès le jugement de première

<sup>63</sup> Cf. Philippe MALAURIE, « L'effet prophylactique du droit civil », dans *Liber Amicorum Jean Calais Auloy*, Paris, Dalloz, 2004.

<sup>64</sup> Voir notamment Pierre VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Nancy, Ancienne Imprimerie Vagner, 1922, à la p. 130, où selon l'auteur l'imprévision « ayant eu pour effet d'aviver l'antagonisme originellement latent entre les parties, il ne faut guère compter sur un accord de volontés venant amiablement rectifier les modalités stipulées ».

<sup>65</sup> Cf. notamment D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 2, aux p. 1166 et suiv., n° 2017 et suiv.; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 4, n° 164 et suiv.

<sup>66</sup> L. THIBIERGE, préc., note 18, à la p. 471, n° 833.

instance<sup>67</sup>. Autrement dit, les juges ne pouvaient, dans cette affaire, condamner Hydro-Québec sur le fondement d'un manquement aux exigences de la bonne foi parce que, par détermination du juge du fond, il n'y avait aucune rupture dans l'allocation des risques du contrat introduite par l'évolution du marché de l'électricité.

\*  
\*   \*

Chacun aura pu remarquer que le propos est ici limité à la question des rapports entre la théorie de l'imprévision et la bonne foi en droit positif. Or, il faut le concéder, cette question n'épuise pas la problématique plus générale de l'opportunité de l'admission de la théorie de l'imprévision en droit québécois. Cette problématique met en jeu bien plus que l'étroite question des rapports entre la théorie de l'imprévision et la bonne foi ; elle emporte d'autres enjeux juridiques, mais aussi des enjeux économiques et peut-être même des enjeux politiques. C'est d'ailleurs sûrement ce qui lui vaut d'avoir acquis une telle place dans l'imaginaire des juristes privatistes contemporains. C'est aussi ce qui devrait nous inciter à la modestie et nous

---

<sup>67</sup> *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 5, par. 469 : « The Court is satisfied, based upon the uncontradicted credible evidence, that the parties concluded what they each believed, at the time, was a mutually beneficial agreement embodying and reflecting their respective legitimate expectations and an acceptable risk allocation strategy freely negotiated without undue constraints or compulsion on the part of either party. » ; *adde Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 6, par. 91 : « L'appelante ne parvient pas à ébranler l'une des conclusions factuelles les plus importantes du juge de première instance, soit que dans le contexte de cet équilibre contractuel initial, le risque lié à la variation du prix de l'énergie était supporté par l'intimée. Deux éléments factuels indiquent que le contrat a alloué ce risque à l'intimée : 1- la nécessité pour l'appelante de conclure un contrat comprenant une clause "prendre ou payer" et les explications fournies par les deux experts, y compris celui de l'appelante, au sujet de l'incapacité de l'appelante de supporter le risque de la variation de prix et 2- l'importance pour l'intimée de convenir de prix fixes. » ; et *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, préc., note 7, par. 99 : « Quoi qu'en dise CFLCo, les conditions strictes d'application de cette théorie ne sont pas présentes en l'espèce. Comme l'a constaté la Cour d'appel, outre l'absence d'erreur manifeste et déterminante du premier juge sur le fait que les parties avaient sciemment alloué le risque de fluctuation des prix de l'électricité, peu importe son ampleur, à Hydro-Québec, la démonstration de l'existence d'un "hardship" au sens où l'entendent toutes les déclinaisons reconnues de la théorie de l'imprévision n'est simplement pas faite ici. ».

pousser, en accord avec notre tradition juridique propre, à embrasser une approche pragmatique de la question<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Voir notamment Adrian POPOVICI, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54 *R.D. McGill* 223, 231 : « *Pragmatisme*. Majoritairement francophones à 80 pour cent, les Québécois sont avant tout des Américains du Nord. Dans le domaine juridique, le pragmatisme fait partie de la tradition québécoise. Comme l'écrit le professeur Pineau, le nouveau (on devrait dire « jeune » aujourd'hui) *Code civil du Québec* est avant tout un code concret, mariant la fidélité à la tradition et à l'esprit d'innovation pour l'adapter à la société, qui a subi des mutations profondes depuis 1866. » [références omises]; et Jean PINEAU, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) 71 *R. du B.* 423, 424.