

THE CANADIAN BAR REVIEW

LA REVUE DU BARREAU CANADIEN

VOL. I

SEPTEMBER 1972 SEPTEMBRE

NO. 3

LES EFFETS DE LA DEPRECIATION MONETAIRE SUR LES RAPPORTS JURIDIQUES CONTRAC- TUELS EN DROIT COMMERCIAL CANADIEN ET QUEBECOIS

JEAN-R. GARON*

et

JEAN-CLAUDE ROYER*

Québec

Introduction

C'est sans doute un autre paradoxe de l'homme qu'il veuille tantôt se quereller tantôt chercher à prévoir les solutions juridiques qui lui permettront d'obtenir de plus grands avantages matériels. Le progrès économique se réalisant la plupart du temps au rythme des transactions financières et commerciales, l'indexation des prestations s'avère l'un des principaux moyens d'assurer la sécurité des valeurs échangées.

Au Canada, le commerce extérieur est intimement lié à la prospérité du pays. Ainsi, en 1970, le produit national brut excédait quatre-vingt-six milliards de dollars aux prix du marché. Le compte des recettes courantes de la balance des paiements dépassait la somme de vingt-et-un milliards de dollars dont près de dix-sept milliards en exportations de marchandises.¹ De plus, environ soixante-cinq pour cent de ces exportations de biens étaient vendues à nos voisins, les Américains.

Il ne faut donc pas s'étonner si pour nous la stabilité des prix et la protection de la valeur extérieure de la monnaie nationale constituent les objectifs premiers des législations² et des politiques

* Jean-R. Garon et Jean-Claude Royer, Professeurs à l'université Laval et membres du Barreau de Québec.

¹ Bulletin Statistique, Banque du Canada, juin 1971. pp. 472 et 486.

² Loi sur la Banque du Canada, S.R.C., 1970, ch. B-2, préambule.

gouvernementales. Car en tant qu'intermédiaire dans les échanges, la monnaie devient la considération la plus populaire et la plus universelle des contrats privés en même temps qu'elle sert de mesure de la valeur.³ Cependant, son omniprésence dans les transactions sous forme de prestation que l'un des cocontractants doit remplir, suppose la confiance en sa capacité de conserver la valeur.

Par ailleurs, la recherche d'une croissance économique trop rapide a pour effet de menacer la stabilité des prix et, par voie de conséquence, de provoquer l'érosion monétaire.

Malgré tout, les législateurs ont adopté la solution nominaliste en vertu de laquelle un dollar est toujours égal à un dollar: c'est la fiction de l'identité de la valeur de l'unité monétaire qui prévaut. L'on ne tient pas compte des changements extérieurs comme des variations du taux de change dans les rapports avec les autres monnaies, ni des changements internes comme les variations du pouvoir d'achat de la monnaie sur le marché intérieur.⁴

L'inflation fut cependant moins forte au Canada que dans plusieurs autres pays. Depuis 1939, le taux d'inflation a été très peu élevé au Canada et aux Etats-Unis, puisque le pourcentage moyen d'augmentation annuelle a été d'environ deux pour cent de 1949 à 1965. Toutefois, depuis 1966, nous avons dû subir une hausse considérable des prix au Canada même si elle fut inférieure à celle survenue aux Etats-Unis.⁵

Si le faible taux d'inflation au Canada facilitait son commerce extérieur, il était important que le cours du change lui soit également favorable. Bien que le Canada dût procéder depuis 1939 à certains ajustements périodiques en adoptant tantôt le cours fixe tantôt le cours flottant, le taux du change du dollar canadien, durant ces intervalles assez prolongés, demeura relativement stable en fonction du dollar américain.⁶ Cependant, depuis le 1er juin 1970, le Canada est revenu au régime du cours flottant, ce qui a provoqué des variations appréciables dans le taux de change du dollar canadien.

L'utilisation de certaines clauses protectrices contre la dépréciation monétaire est devenue plus fréquente. Dans les contrats commerciaux privés, les parties tentent de se protéger contre les fluctuations de la valeur de la monnaie, soit en utilisant un instrument de mesure différent, soit en ajoutant à leurs conventions des critères additionnels servant à préserver l'équivalence des prestations.

Dans quelle mesure l'ordre public, au Canada, s'accommode-t-il de clauses qui manifestent une certaine méfiance des citoyens

³ Roger Dehem, *Initiation à l'économie* (1967), p. 72 et ss.

⁴ E. Hirschberg, *The Effects of Devaluation on Private Legal Obligations* (1971), 88 *The Banking L.J.* 112.

⁵ Voir les Annexes 1 et 2.

⁶ Voir l'Annexe 3.

à l'égard de la monnaie du pays? La question de la validité de ces stipulations s'est donc posée au Canada comme dans les autres pays où l'Etat a réglementé ces dispositions contractuelles.

Le problème constitutionnel

Si la monnaie est présente dans presque toutes les conventions, au Québec, la constitution se trouve au centre de toutes les discussions. On ne peut aborder aucun problème sérieux sans s'y référer. Elle alimente les discours politiques, justifie l'inaction des gouvernements et complique les problèmes juridiques.

Selon l'Acte de l'Amérique du Nord britannique,⁷ qui détermine les pouvoirs du Parlement du Canada et des Législatures provinciales, l'autorité fédérale a juridiction exclusive sur le commerce, la monnaie, les banques, les lettres de change et les billets à ordre, l'intérêt de l'argent, les offres légales, la banqueroute et la faillite.⁸ On pourrait donc croire à première vue que le Parlement du Canada a seul juridiction en matière commerciale. Ce serait toutefois ignorer que la même loi attribue aux Législatures provinciales juridiction exclusive sur "la propriété et les droits civils dans la province"⁹ et surtout les nombreuses décisions des tribunaux concernant le partage des pouvoirs entre ces deux autorités.

Le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, qui jusqu'en 1949 était le tribunal de dernière instance au Canada, et la Cour suprême du Canada, ont élaboré un certain nombre de principes qui leur ont permis de juger valides des législations fédérales et provinciales en droit commercial. Plus particulièrement, ces tribunaux ont décidé que les Législatures provinciales ont juridiction sur le commerce effectué à l'intérieur de leur province.¹⁰ En outre, une législation provinciale édictée dans le but d'assurer l'équité dans les contrats a été considérée valide parce qu'elle constituait l'exercice d'une juridiction sur les droits civils.¹¹ D'autre part, des législations fédérales sur l'intérêt n'ont jamais été mises en doute bien qu'elles n'avaient pas comme but principal d'en fixer le taux, mais plutôt d'informer les emprunteurs du coût du prêt.

On peut donc s'étonner que la jurisprudence, loin de clarifier cette constitution ambiguë, permette un chevauchement des autorités fédérale et provinciale sur des matières similaires. De fait, les tribunaux ont toujours hésité à annuler des lois nouvelles adoptées pour corriger des situations anormales. Ils ont élaboré à cette fin,

⁷ L'A.A.N.B., 1867, 30 Vict., c. 3.

⁸ Arts 91 (2), 91 (14), 91 (15), 91 (18), 91 (19), 91 (20), 91 (21).

⁹ Art. 92 (13).

¹⁰ *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 A.C. 96; *A.G. for Canada v. A.G. for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588; *The Board of Commerce Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191; *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708.

¹¹ *The Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570.

soit la doctrine des pouvoirs ancillaires qui veut que le droit de légiférer sur un sujet donné comprenne celui d'édicter des dispositions accessoires,¹² soit celle du champ inoccupé qui permet aux Législatures d'utiliser leurs pouvoirs généraux pour légiférer sur une matière spécifique lorsque le Parlement du Canada néglige d'exercer une compétence qui lui est dévolue en vertu de son pouvoir ancillaire.¹³

Aussi, dans cette étude, il nous faudra tenir compte tant des lois fédérales que provinciales pour analyser la validité des clauses employées en vue d'éluder les effets de l'érosion monétaire.

L'absence d'autonomie du droit commercial

Qu'il s'agisse des lois fédérales ou provinciales, notre droit commercial n'est pas autonome. Les lois de compétence fédérale connaissent en général l'unité de régime.¹⁴ Au Québec, le droit commercial est intégré au droit civil.

L'unification formelle dans un code, des règles du droit civil et du droit commercial a eu comme conséquence d'empêcher l'épanouissement d'une doctrine commercialiste. Ainsi, cette branche du droit est traitée comme un droit d'exception . . . et est interprétée suivant la même technique que le droit civil.¹⁵

Bien que des législations particulières en matière commerciale émanent des autorités fédérale et québécoise, il n'existe pas de droit commercial distinct, ni de codification à ce sujet.

Nous devons donc faire appel tant aux principes généraux de notre droit civil qu'à certaines législations statutaires pour analyser la validité des clauses utilisées pour assurer l'équivalence des prestations, soit que les contractants emploient un instrument de mesure autre que la monnaie du pays (clause or, clause valeur-or, clause de devises étrangères), soit qu'ils insèrent dans leur contrat des stipulations additionnelles pour éviter les effets de la dépréciation (clause de marchandises, clause d'échelle mobile, et autres clauses).

Section I. Protection des parties contre les variations du taux de change.

La stabilité de la valeur du dollar canadien lui a acquis la confiance des citoyens. Aussi, contrairement à ce qui s'est produit dans plusieurs pays, nous n'avons pas connu au Canada une floraison

¹² *A.G. for Quebec v. Nipissing Central Ry Co. et al.*, [1926] A.C. 715; *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187.

¹³ *Grand Trunk Railway of Canada v. The Attorney-General of Canada*, [1907] A.C. 65; *The Attorney-General of Ontario v. The Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *The Attorney-General for Ontario v. The Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348.

¹⁴ Lubin Lilkoﬀ, *Le Code civil et le critère jurisprudentiel de la commercialité* (1966), 26 R. du B. 534, à la p. 535.

¹⁵ *Ibid.*, à la p. 546.

de stipulations contractuelles destinées à mettre de côté la monnaie du pays.

Cependant, dans certaines transactions, les contractants, soit qu'ils avaient davantage confiance dans l'or, cet instrument d'échange traditionnel, international, intangible et invariable, soit qu'ils traitaient avec des personnes étrangères, utilisèrent un étalon de mesure autre que le dollar canadien. Le problème de la validité des clauses or, valeur-or ou de devises étrangères s'est aussi posé chez nous avec beaucoup moins d'acuité, toutefois, que dans des pays ayant une monnaie moins sûre.

1. La clause or et la clause valeur-or.

Comme ces clauses furent peu utilisées dans les contrats privés, c'est seulement lors de la dernière crise économique que l'État canadien a clairement et impérativement légiféré à ce sujet.

Avant 1937, le cours légal n'était imposé en droit privé que pour la sanction ou l'extinction forcées des obligations. Les jugements ne pouvaient condamner les débiteurs à payer qu'en espèces ayant cours légal au Canada. Il en était de même des offres réelles pour qu'elles aient pouvoir libératoire.¹⁶

L'article 4 (1) de la Loi sur le cours monétaire de 1906, devenu aujourd'hui l'article 11 de la Loi sur la monnaie et les changes,¹⁷ édicte ce qui suit:

Tous les comptes publics à travers le Canada doivent être tenus en monnaie canadienne et toute déclaration, quant à une somme d'argent ou une valeur en argent, dans une accusation ou quelque procédure judiciaire, doit être énoncée en monnaie canadienne.

L'article 7 de la Loi sur la monnaie et les changes,¹⁸ autrefois contenu dans une rédaction équivalente aux articles 9 et 10 de la Loi sur le cours monétaire de 1906, stipule:

- (1) Sous réserve du présent article, une offre de paiement d'une somme d'argent a pouvoir libératoire si elle est faite
 - a) en pièces d'or émises aux termes de l'article 4;
 - b) en pièces de monnaie divisionnaire qui ont cours selon les dispositions de l'article 6; ou
 - c) en billets émis par la Banque du Canada, conformément à la Loi sur la Banque du Canada, qui sont destinés à la circulation au Canada.
- (2) Une offre de paiement d'une somme d'argent en pièces de monnaie spécifiées au paragraphe (1) a pouvoir libératoire:
 - a) dans le cas de pièces d'or, pour le paiement de n'importe quelle somme;
 - b) dans le cas de pièces de dix cents ou plus, mais n'excédant pas un dollar, pour le paiement d'une somme d'au plus dix dollars, mais non pour une somme supérieure;

¹⁶ La Loi concernant le cours monétaire, S.R.C., 1906, ch. 25, arts 4 et 9 à 14; S.C., 1910, ch. 14, arts 8 à 15; S.R.C., 1927, ch. 40, arts 8 à 15.

¹⁷ S.R.C., 1970, ch. C-39.

¹⁸ *Ibid.*

- c) dans le cas de pièces de cinq cents ou plus, mais moins de dix cents, pour le paiement d'une somme d'au plus cinq dollars, mais non pour une somme supérieure; et
- d) dans le cas de pièces d'un cent ou plus, mais de moins de cinq cents, pour le paiement d'une somme d'au plus vingt-cinq cents, mais non pour une somme supérieure.

Cependant, avant 1937, aucune disposition n'interdisait formellement et impérativement l'utilisation de l'or dans les contrats.

Bien qu'elle prévoyait les différentes espèces qui avaient cours légal, la Loi sur la monnaie ne les rendait obligatoires que pour la tenue des comptes publics au Canada. A l'égard des contrats privés, cette loi se contentait d'établir une présomption en faveur de la monnaie du pays.

L'article 12(1) de la Loi actuelle sur la monnaie et les changes,¹⁹ autrefois l'article 4(2) de la loi de 1960, se lit ainsi:

Chaque contrat, vente, paiement, effet, billet, instrument et valeur aux fins d'argent, comme chaque opération, affaire, matière ou chose relative à une somme d'argent ou comportant le paiement d'une somme d'argent ou l'obligation d'en payer, fait, établi, conclu ou accompli doit l'être d'après la monnaie canadienne, à moins d'être fait, établi, conclu ou accompli d'après la monnaie d'un pays autre que le Canada.

Les tribunaux canadiens ont appliqué cette présomption avec une certaine rigueur. Ainsi, dans l'affaire *American Chicle Co. v. Somerville Paper Box Co.*,²⁰ la Cour d'appel de l'Ontario décida que l'intention présumée des parties jointe à l'interprétation de la Loi sur le cours monétaire²¹ limitait le droit d'un créancier hypothécaire à obtenir paiement en monnaie ayant cours légal, même si l'acte hypothécaire accordait à ce dernier une option d'être payé soit en or, soit en monnaie légale du Canada. Il faut toutefois retenir que, lors de l'exécution de cette obligation, il était impossible de se procurer de l'or au Canada (à cause des ordonnances rendues en vertu de la Loi des finances de 1914), et que l'objet du litige ne concernait que le moyen de remplir l'obligation et non la détermination de sa quotité. L'autonomie des parties était donc aussi reconnue tacitement dans cette décision.

Il est vrai que l'article 1779 du Code civil semble à première vue accepter le principe du nominalisme. Cette disposition relative au prêt de consommation, mais applicable à tous les contrats,²² stipule:

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

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ (1921), 50 O.L.R. 517, 64 D.L.R. 547. Voir aussi *Derwa v. Rio de Janeiro Tramway, Light and Power Co.*, [1928] 4 D.L.R. 542 (Ont.).

²¹ S.C., 1910, ch. 14, arts 4, 10 et 15 (3).

²² Faribault, *Traité de droit civil du Québec*, vol. 11 (1961), pp. 28-29. P.B. Mignault, *Droit civil canadien*, vol. 8 (1909), p. 127.

avant l'époque du paiement, l'emprunteur est obligé de rendre la monnaie numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme en espèces ayant cours au temps du paiement.

Cependant, il s'agit là d'une règle supplétive qui ne restreint pas la liberté des contractants. D'ailleurs, l'article 1780 du même Code reconnaît le droit des parties d'utiliser l'or à titre de prestation:

Si le prêt a été fait en lingots ou en denrées, l'emprunteur doit toujours rendre la même quantité et qualité qu'il a reçues et rien de plus, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix.

Par une loi sanctionnée le 10 avril 1937 et légèrement modifiée en 1939,²³ le Parlement du Canada, pour éviter la spéculation sur le dollar canadien, a formellement et impérativement prohibé l'utilisation de l'or dans les contrats, non seulement à titre de prestation, mais aussi comme instrument de valeur. Ainsi, il est désormais interdit d'inclure dans les contrats privés la clause or qui consiste à utiliser directement l'or à titre de prestation, de même que la clause valeur-or qui a pour objet de l'employer comme instrument de valeur pour déterminer la quantité de monnaie ayant cours légal.

L'article 2 de cette loi²⁴ définit d'abord les obligations à clause or:

Dans la présente loi, l'expression "obligation à clause or" signifie toute obligation contractée avant, le ou après le 3 juin 1939 (y compris toute semblable obligation qui est, en tout temps, avant, le ou après ladite date, arrivée à échéance ou répudiée), qui est censée accorder au créancier le droit d'exiger le paiement en or ou en pièces d'or, ou en une somme d'argent déterminée au moyen de l'or, et comprend toute semblable obligation du gouvernement du Canada ou d'une province.

L'article 7 de la même loi²⁵ déclare, tant rétroactivement que pour l'avenir, nulle et contraire à l'ordre public toute obligation à clause or ou à clause valeur-or:

Toute disposition d'une obligation contractée avant, le ou après le 3 juin 1939, qui est censée accorder au créancier le droit d'exiger le paiement en or ou en pièces d'or, ou en une somme d'argent déterminée au moyen de l'or, est déclarée contraire à l'intérêt public, et toute obligation renfermant une telle disposition a le même effet que si elle ne contenait pas ladite disposition et renfermait un engagement d'en payer le montant nominal en monnaie ayant cours légal au pays en l'argent duquel l'obligation est acquittable, ou son équivalent en monnaie canadienne.

Les articles 4, 5 et 10 de la Loi sur les obligations à clauses or²⁶

²³ Loi concernant les obligations à clause or, S.C., 1937, ch. 33, amendée en 1939 par S.C., 1939, ch. 45; S.R.C., 1970, ch. G-4.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

étendaient cette législation à des contrats ayant un caractère international.

Art. 4: Dans toute action au Canada à l'égard d'une obligation à clause or,

- a) l'offre, du montant nominal de l'obligation, en monnaie ayant cours légal au pays en l'argent duquel l'obligation est ou devient acquittable, ou
- b) l'offre en monnaie ayant cours légal à l'endroit où l'offre est faite d'une somme équivalant au montant nominal de l'obligation,

a pouvoir libératoire si cette offre a été faite à l'endroit où l'obligation était acquittable aux termes du contrat, que ladite offre ait été faite avant ou après l'ouverture de l'action et le débiteur, s'il a effectué paiement en conformité de cette offre, a droit d'être dégagé de l'obligation ou de toute responsabilité pour dommages-intérêts en raison d'une répudiation de responsabilité sur ladite obligation.

Art. 5: Dans une action au Canada sur un jugement étranger, rendu dans une action ouverte après le 2 juin 1939, concernant une obligation à clause or,

- a) l'offre, du montant nominal de cette obligation, en monnaie ayant cours légal au pays en l'argent duquel l'obligation est ou devient acquittable, ou
- b) l'offre en monnaie ayant cours légal à l'endroit où l'offre est faite d'une somme équivalant au montant nominal de ladite obligation,

a pouvoir libératoire si cette offre a été faite à l'endroit où l'obligation était acquittable aux termes du contrat et avant l'ouverture de l'action étrangère, et le débiteur, s'il a effectué paiement en conformité de cette offre, a droit d'être dégagé dudit jugement.

Art. 10: Les articles 4 et 5, l'article 7, l'article 8 et l'article 9 sont exécutoires comme s'ils étaient contenus dans des lois distinctes, et ils s'appliquent à toutes obligations, quel que soit l'endroit où elles sont payables.

Enfin, pour dissiper tout doute quant à la nature et l'étendue de cette prohibition, l'article 3 édicte que cette législation prévaut sur tout autre statut ou loi:

La présente loi a pleine vigueur et plein effet nonobstant les termes de quelque autre statut ou loi.²⁷

Probablement dans le but d'éviter toute ambiguïté sur le plan constitutionnel, la Législature du Québec adopta le 27 mai 1937 une loi ayant un objet similaire. Non reproduite dans les derniers *Statuts refondus* du Québec de 1964, mais toujours en vigueur faute d'abrogation spécifique, cette loi²⁸ contient les dispositions suivantes:

- 1— Toute obligation contractée avant ou après le 27 mai 1937, échue ou à échoir, qui confère ou tend à conférer au créancier le droit de réclamer son paiement en or ou en une espèce ou étalon

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Loi relative aux conventions de paiement en or, S.Q., 1937, ch. 10; S.R.Q., 1941, ch. 335.

monétaire particuliers ou en argent de la Puissance du Canada ou d'ailleurs calculables d'après l'étalon or ou d'après un étalon monétaire particulier, sera valablement acquittée sur paiement, unité monétaire pour unité monétaire, du montant nominal ou apparent à la face de l'obligation, en numéraire ou monnaie constituant une offre légale pour le paiement des dettes publiques et privées au temps du paiement et à l'endroit où tel paiement doit être fait.

- 2— Aucune poursuite ne peut être intentée ni aucune procédure prise en raison de l'exercice du droit conféré par l'article précédent.
- 3— La présente loi a toute l'étendue et toute l'application législatives qui sont de la compétence de la Législature de la Province de Québec.

Me Roger Vézina commente ainsi le problème constitutionnel posé par cette législation:²⁹

Même en l'absence de son paragraphe 3 et d'une loi fédérale sur le cours forcé, la présente loi provinciale nous paraîtrait difficilement contestable au point de vue constitutionnel puisque susceptible d'être interprétée comme une disposition de droit civil donnant à l'article 1779 le caractère non équivoque d'une prescription d'intérêt public à laquelle les parties ne pourraient déroger par des conventions particulières. De plus, elle ne contredit en aucune façon la loi du cours légal qui seule ne relève pas de sa juridiction. Le législateur ayant pris la peine de spécifier "paiement en or" en plus de "paiement en monnaie d'or", nous pouvons nous demander avec raison si semblable spécification ne rendrait pas inopérante toute convention basée sur l'article 1780. A notre avis, il faudrait en ce cas appliquer l'article 1784: l'obligation du débiteur se limitant au remboursement en monnaie ayant cours légal de la valeur des lingots au moment de l'échéance.

Pour notre part, nous doutons fortement que l'article 1784 soit applicable en l'occurrence. Les prohibitions impératives et d'ordre public contenues dans les législations fédérale et provinciale relatives aux clauses or et valeur-or rendent nulles les dispositions contractuelles y contrevenant.

Il est donc clair qu'il n'est plus possible aujourd'hui aux parties contractantes de se référer à l'or dans leurs contrats privés.³⁰ En est-il ainsi des devises étrangères?

2. La clause de devises étrangères.

L'importance du commerce extérieur canadien et le volume considérable des emprunts effectués aux Etats-Unis ont favorisé l'emploi fréquent de la clause de devises étrangères dans les contrats conclus avec des étrangers. Ainsi, dans une conférence qu'il prononçait récemment, le président du Conseil des Producteurs de pâtes et papiers du Québec ajoutait:³¹

Même quand nous exportons vers d'autres pays, nous subissons le

²⁹ Roger Vézina, *Théorie juridique de la monnaie* (1940), 43 R. du N. 187, à la p. 208.

³⁰ Roch et Paré, *Traité de droit civil du Québec*, vol. 13 (1952), p. 201.

³¹ Paul E. Lachance, *Journal le Devoir*, Montréal, lundi 5 juillet 1971, p. 3.

contre-coup de la libération du taux de change puisque ces autres pays nous paient également en dollars américains.

Comme de telles stipulations manifestent une certaine défiance de l'une ou des parties à l'égard de la monnaie canadienne et peuvent même encourager la spéculation au détriment de la stabilité de sa valeur, on peut se demander dans quelle mesure elles sont valables.

La clause de devises étrangères est celle en vertu de laquelle les parties stipulent que le paiement sera fait en un nombre déterminé d'unités monétaires étrangères ou encore en un nombre indéterminé d'unités de compte nationales égal en valeur à un nombre déterminé d'unités monétaires étrangères.³² En d'autres termes, les parties utilisent une devise étrangère soit pour déterminer la prestation du contractant, soit pour s'y référer en vue de fixer son quantum en monnaie canadienne.

Pour des motifs d'intérêt public, certains auteurs ont mis en doute la légalité de ces dispositions, lorsqu'il s'agit de contrats n'ayant aucun caractère international.³³

Nous verrons que notre législation et notre jurisprudence permettent d'utiliser les devises étrangères pour déterminer les obligations des parties tout en règlementant leur exécution.

a) *La validité de la clause de devises étrangères.*

Il n'existe au Canada aucune disposition légale interdisant l'usage de telles clauses. Non seulement notre législation et notre jurisprudence reconnaissent la validité de ces stipulations, mais encore elles se réfèrent souvent aux devises étrangères lorsque le paiement doit avoir lieu dans un autre pays.

En premier lieu, la loi concernant la monnaie et les changes³⁴ reconnaît la validité de ces clauses:

Chaque contrat, vente, paiement, effet, billet, instrument et valeur aux fins d'argent, comme chaque opération, affaire, matière ou chose relative à une somme d'argent ou comportant le paiement d'une somme d'argent ou l'obligation d'en payer, fait, établi, conclu ou accompli doit l'être d'après la monnaie canadienne, à moins d'être fait, établi, conclu ou accompli d'après la monnaie d'un pays autre que le Canada.

En outre, les articles 160 à 164 de la Loi sur les lettres de change³⁵ se réfèrent à la loi du lieu où le paiement doit être effectué pour déterminer la date de l'échéance. Plus particulièrement, l'article 164 dit:

Lorsqu'une lettre de change est tirée dans un pays et payable dans un autre, la date de son échéance est déterminée d'après la loi du lieu où elle est payable.

³² Vézina, *op. cit.*, note 29 à la p. 211.

³³ *Ibid.*, à la p. 214.

³⁴ *Supra*, note 17, art. 12 (1), italiques nôtres.

³⁵ S.R.C., 1970, ch. B-5.

Et l'article 163 déclare:

Lorsqu'une lettre de change est tirée hors du Canada, mais qu'elle y est payable et que la somme à payer n'est pas exprimée en monnaie du Canada, en l'absence de toute stipulation expresse, la somme doit être calculée d'après le taux du change pour les traites à vue à l'endroit du paiement le jour où la lettre de change est payable.

Certains règlements adoptés par les administrations provinciales, relativement aux valeurs mobilières, reconnaissent tacitement le droit des parties d'utiliser les devises étrangères.

Ainsi, en avril 1971, les administrateurs provinciaux des commissions de valeurs mobilières du Canada constataient dans leur énoncé de politique nationale:

Le 31 mai 1970, le dollar canadien est devenu une monnaie à cours flottant. Entre temps, parce que les valeurs de plusieurs firmes américaines sont transigées au Canada et que plusieurs firmes canadiennes utilisent le dollar américain dans la tenue de leurs livres, il est nécessaire de clarifier la politique des administrateurs en regard de l'usage du dollar américain dans les rapports financiers qui leur sont soumis sous les dispositions des diverses lois provinciales sur les valeurs mobilières.

Et après avoir indiqué les formalités à suivre pour la déclaration et la divulgation du taux de change canadien ou américain dans les états financiers des prospectus, ils stipulent:³⁶

Les documents qui utilisent une monnaie autre que celle du Canada ou des Etats-Unis ne sont pas considérés comme constituant une divulgation adéquate sous les législations provinciales sur les valeurs mobilières. Par conséquent et à titre d'exemple, si une compagnie est assujettie à la Loi des Valeurs mobilières de l'Ontario et aux règlements adoptés en vertu d'icelle et qu'elle fait rapport à ses actionnaires en utilisant une monnaie autre que celle du Canada ou des Etats-Unis, elle devra déposer une copie des documents qu'elle est tenue de produire dans lesquels ses informations financières sont converties en dollars canadiens.

Un auteur québécois admet la validité des clauses de devises étrangères, du moins lorsque les parties n'habitent pas le même pays:³⁷

Lorsque le vendeur et l'acheteur n'habitent pas le même pays, ils peuvent convenir que les paiements seront faits avec la monnaie de l'un ou de l'autre de ces pays. Une telle clause peut s'avérer très utile lorsque, par suite de la fluctuation du marché, les monnaies de ces pays n'ont plus la même valeur à l'époque du paiement. L'article 1779 aura toutefois toujours son application, et si, lors du paiement, la valeur n'était plus la même, ce ne serait toujours que de la somme numérique convenue dont l'acheteur serait redevable. Ainsi, s'il a été convenu que celui-ci devra payer deux cents dollars en monnaie américaine à l'échéance du prix, et que, au moment du contrat, ces deux cents dollars valaient deux cent dix dollars en monnaie canadienne, l'acheteur

³⁶ Les administrateurs provinciaux ou commissions de valeurs mobilières du Canada, *Énoncés de politique nationale*, no. 14, pp. 24-25.

³⁷ Faribault, *op. cit.*, note 22, p. 29.

ne sera tenu de remettre que deux cents billets de un dollar en monnaie américaine, au moment du paiement, lors même que le dollar américain ne vaudrait plus que quatre-vingt-dix cents en monnaie canadienne.

D'autre part, notre jurisprudence, en plus de reconnaître la validité de la clause de devises étrangères,³⁸ fait appel aussi aux lois du pays où le paiement doit être effectué pour établir, en l'absence de conventions contraires³⁹ ou de lois spéciales,⁴⁰ les règles de fond et de forme relatives au paiement.⁴¹

Il est vrai que tous ces litiges comportaient un élément de droit international, en raison du domicile ou de la place d'affaires de l'une des parties. Toutefois, dans certaines causes, le seul caractère étranger consistait dans le fait que des contractants du pays stipulaient que l'obligation devait ou pouvait être exécutée à l'extérieur: il s'agissait plus particulièrement d'obligations souscrites au Canada mais payables, à l'option du détenteur, soit au pays soit à l'étranger.⁴²

Aussi, si les tribunaux ont considéré valides de telles clauses, nous ne voyons pas comment ils pourraient déclarer nulle une clause de devises étrangères insérée dans un contrat ne comportant aucun autre élément international, surtout si l'on tient compte de la législation sur la monnaie⁴³ qui reconnaît leur

³⁸ *Dame Leblanc v. Dame Galipeau*, [1958] B.R. 305; *Corporation des Obligations municipales v. Ville de Montréal-Nord* (1921), 59 C.S. 550; *Crown Life Insurance Co. v. Gatineau Power Co. and Royal Trust Co.*, [1944] B.R. 700, [1945] S.C.R., 655.

³⁹ *Dame Leblanc v. Dame Galipeau*, *ibid.*; *Crown Life Insurance Co. v. Gatineau Power Co., and Royal Trust Co.*, *ibid.*; *Djamous v. Alepin*, [1949] C.S. 354; *Sheppard v. The First International Bank of Sweet Grass*, [1924] 1 D.L.R. 582 (Alta C.A.). Dans cette dernière affaire, il fut décidé qu'un dépôt fait par un Canadien en monnaie canadienne dans une banque américaine était remboursable en dollars canadiens.

⁴⁰ *Weiss v. State Life Insurance Co.*, [1935] S.C.R. 461; *re: Loi de l'assurance de l'Ontario, R.S.O., 1914, ch. 183, art. 155 (1). Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques, S.R.C. 1970, ch. I-15; l'article 85 (3) stipule: "Les fonds et valeurs destinés à la garantie des polices émises dans un pays hors du Canada et payables en monnaie de cet autre pays, ou au paiement des réclamations découlant de ces polices, peuvent être déposés dans le pays en la monnaie duquel les polices sont payables, et les valeurs ainsi déposées ne doivent pas être tenues pour des fonds et valeurs déposés en tel pays au sens du paragraphe (2); et les fonds et valeurs détenus au Canada en fiducie pour le compte des assurés hors du Canada en exécution d'une convention de réassurance entre telle compagnie et toute autre compagnie, ne sont pas censés être des fonds et valeurs retenus au Canada."*

⁴¹ *The Custodian v. Lothair William Gebhard Blucher*, [1927] S.C.R. 420; *Corporation des Obligations municipales v. Ville de Montréal-Nord*, *supra*, note 38; *Les Commissaires d'Ecoles de la Municipalité scolaire de St-Charles v. La Société des Artisans canadiens-français* (1922), 33 B.R. 448.

⁴² *Corporation des Obligations municipales v. Ville de Montréal-Nord*, *supra*, note 38; *Les Commissaires d'Ecoles de la Municipalité scolaire de St-Charles v. La Société des Artisans canadiens-français*, *ibid.*

⁴³ *Supra*, note 17, art. 12 (1).

validité sans aucune distinction.

b) *Les règles relatives à l'exécution.*

Si les parties peuvent utiliser une devise étrangère pour déterminer leurs droits et leurs obligations, il ne s'ensuit pas que leur liberté à cet égard soit illimitée. Des lois impératives règlementent l'exécution de ce genre d'obligation. De plus, la jurisprudence a créé certains principes directeurs dans les cas où la volonté des parties n'est pas clairement exprimée.

Comme dans la plupart des pays, l'Etat canadien a légiféré pour imposer à l'intérieur de ses frontières l'usage de la monnaie du pays. Aussi, bien qu'un créancier puisse consentir à recevoir paiement en monnaie étrangère, l'exécution ou l'extinction forcées d'une obligation exprimée en espèces et payable au Canada doit nécessairement être faite en monnaie ayant cours légal au Canada.⁴⁴

Dans tous les cas où l'une des parties instituait des procédures judiciaires au Canada dans le but d'obtenir la sanction d'une obligation exprimée en devises étrangères, nos tribunaux devaient convertir en monnaie canadienne le quantum du droit réclamé. De là, l'élaboration de principes jurisprudentiels relatifs au taux de conversion à défaut de convention explicite ou de lois spéciales.

En effet, pour déterminer le calcul du taux de change, les tribunaux ont d'abord recherché si celui-ci était fixé dans la convention.⁴⁵

En l'absence de stipulation des parties à cet effet et lorsque des lois spéciales ne précisaient pas les règles à suivre,⁴⁶ nos tribunaux ont élaboré des principes à ce sujet.

Si la dette est liquide, le taux du change est fixé à la date où elle est payable⁴⁷ et non à celle du jugement.⁴⁸ Dans la néga-

⁴⁴ *Ibid.*, arts 7 et 11.

⁴⁵ *Royal Trust Co. v. Oak Bay*, [1934] 4 D.L.R. 697 (B.C.); *Imperial Tobacco of Canada v. Younger* (1935), 58 B.R. 310.

⁴⁶ Arts 136, 160 à 164 de la Loi sur les lettres de change, billets promissoires et chèques, particulièrement l'article 163 cité précédemment, *supra*, note 35.

Art. 136: "Dans le cas d'une lettre de change refusée à l'étranger, en sus des dommages-intérêts susdits, le détenteur peut recouvrer du tireur ou de tout endosseur, et le tireur ou un endosseur qui a été forcé de payer la lettre peut recouvrer de toute partie responsable envers lui, le montant du rechange avec intérêts à cet égard jusqu'à l'époque du paiement."

⁴⁷ *The Custodian v. Lothair William Gebhard Blucher*, *supra*, note 41; *Les Commissaires d'Ecoles de la Municipalité scolaire de St-Charles v. La Société des Artisans canadiens-français*, *supra*, note 41; *Corporation des Obligations municipales v. Ville de Montréal-Nord*, *supra*, note 38; *Khayat v. Syndic in Bankruptcy of Salim Nasrallah Khoury*, [1944] 3 W.W.R. 177 (P.C.); *Saskatoon v. London and Western Trusts Co. Ltd.*, [1934] 1 D.L.R. 103 (Sask. C.A.).

⁴⁸ *Toronto General Trusts Corporation v. City of Regina*, [1922] 2 W.W.R. 986 (Sask. C.A.).

tive, il faut se référer à la date où le montant est devenu déterminé.⁴⁹ Enfin, lors d'un bris de contrat, on applique des principes à peu près identiques à ceux utilisés en matière délictuelle: le créancier peut exiger que le taux du change soit calculé soit à la date du défaut du débiteur, soit à celle du paiement.⁵⁰ On a adopté en cette matière une doctrine similaire à celle élaborée pour l'évaluation des actions de compagnies,⁵¹ laquelle n'était que l'application des articles 1074 et 1075 du Code civil.

Art. 1074: Le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir au temps où l'obligation a été contractée, lorsque ce n'est point par son dol qu'elle n'est point exécutée.

Art. 1075: Dans le cas même où l'inexécution de l'obligation résulte du dol du débiteur, les dommages-intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de cette inexécution.

Retenons que les règles précitées sont supplétives. Pour des considérations de logique et de justice, les tribunaux peuvent faire appel à d'autres critères susceptibles de mieux traduire la volonté des parties.^{51a}

Dans le cas d'exemplification d'un jugement étranger, le taux du change est calculé à la date du premier jugement. L'application de ce principe peut comporter des injustices pour le créancier, compte tenu du fait que le retard dans le paiement est généralement imputable au débiteur.^{51b}

Enfin, les Accords de Bretton Woods permettent de rendre exécutoires dans tous les pays y participant les législations adoptées par les pays membres relativement aux contrats de change.^{51c}

⁴⁹ *Collins v. Wilson*, [1922] 3 W.W.R. 1086, 70 D.L.R. 642 (Sask. C.A.).

⁵⁰ *Crown Life Insurance Co. v. Gatineau Power Co. and Royal Trust Co.*, *supra*, note 38; *Cortès v. Lipton Building Ltd. et al.*, [1965] 2 O.R. 282, 47 D.L.R. (2d) 489; *Morrell v. Ward* (1863), 10 Gr. 231.

⁵¹ *Siscoe Gold Mines Ltd. v. Bijakowski*, [1935] 1 D.L.R. 513 (C.S. Can.); *Imperial Tobacco of Canada v. Younger*, *supra*, note 45; *Trust Général du Canada v. Authier*, [1961] C.S. 507.

^{51a} Ian F. G. Baxter, *Foreign Currency Obligations* (1957), 35 R. du B. Can. 697, à la p. 719. L'auteur fait une analyse des règles de droit international privé applicables en cette matière, plus particulièrement de celles élaborées dans les juridictions de Common Law.

^{51b} J.-G. Castel, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Personam and in Rem in the Common Law Provinces of Canada* (1971), 17 McGill L.J. 11, à la p. 128.

^{51c} Loi sur les accords de Bretton Woods, S.C.R., 1970, ch. B-9. L'article VIII, section 2(b) stipule: "Les contrats de change qui mettent en jeu la monnaie d'un membre et sont contraires aux réglementations de contrôle des changes que ce membre maintient en vigueur ou qu'il a introduites en conformité avec cet Accord, ne seront pas exécutoires sur les territoires des membres. En outre, les membres peuvent, par accord mutuel, coopérer à des mesures destinées à rendre plus efficaces les réglementations de contrôle des changes de l'un d'eux, à condition que ces mesures et réglementations soient compatibles avec le présent Accord."

Section II. *Protection des parties contre les variations du niveau des prix.*

Jusqu'à maintenant, la stabilité relative de la monnaie canadienne a peu incité les citoyens à utiliser dans leurs contrats des clauses pour se protéger des phénomènes inflationnistes. Depuis 1939, le taux d'inflation au Canada a été généralement peu élevé. Toutefois, le mouvement inflationniste s'est accéléré récemment. Aussi, les parties ajoutent de plus en plus dans les contrats, surtout s'il s'agit de conventions comportant des obligations à terme ou à exécution successive, des stipulations susceptibles de sauvegarder l'équivalence des prestations.

Certaines clauses utilisées à cette fin sont générales en ce sens qu'elles peuvent être stipulées dans tout genre de contrat. Ce sont les clauses de marchandises et les clauses d'échelle mobile. D'autres dispositions sont spécifiques à certains contrats déterminés, tels le prêt, le louage, le financement des sociétés anonymes.

La clause "paiement en marchandises" est celle par laquelle une partie s'engage à remplir une prestation déterminée par une quantité de marchandises données.

D'autre part, la clause "valeur marchandises" consiste à s'engager à payer une somme d'argent dont le montant est fixé en fonction de la valeur d'une certaine quantité de marchandises à une date donnée.

Ces deux mesures protectrices ont été très peu utilisées au Québec. Il en est aujourd'hui autrement de l'échelle mobile que l'on rencontre de plus en plus, surtout dans les contrats successifs ou à terme.

Celle-ci consiste dans l'adoption comme étalon de valeur d'une ou de plusieurs marchandises comme dans le cas précédent ou encore dans l'utilisation de nombres indices⁵² tels l'indice général des prix à la consommation, l'indice des prix de gros, l'indice des prix des matériaux de construction, et ainsi de suite.

De plus, quelques techniques spécifiques ont été employées au Québec dans certains contrats pour empêcher que la dépréciation monétaire détruise l'équivalence des prestations. Par exemple, dans le contrat de prêt hypothécaire, l'on rencontre "tantôt une clause de participation du prêteur aux revenus de l'emprunteur, tantôt une clause de loyer gradué annuellement selon les revenus de l'emprunteur contenue dans un bail emphytéotique consenti à l'emprunteur par le prêteur à la suite de l'achat par ce dernier du terrain sur lequel repose l'édifice hypothéqué, tantôt une clause permettant au prêteur d'acquérir une partie du capital-actions d'une compagnie emprunteuse"⁵³.

⁵² Vezina, *op. cit.*, note 29, aux pp. 216-217.

⁵³ Paul Martel, *Le placement hybride* (1969), 71 R. du N. 223.

Pour pallier aux effets néfastes de l'érosion monétaire, certains ont aussi préconisé le bail à construction, c'est-à-dire:

... un contrat par lequel l'une des parties appelée bailleur accorde à l'autre appelée preneur, la jouissance d'un terrain pendant un certain temps moyennant un loyer que celui-ci s'oblige de lui payer, le dit contrat devant contenir les stipulations à l'effet premièrement que le preneur s'engage à construire un bâtiment sur le dit terrain, deuxièmement que le bailleur renonce à l'accession de ce bâtiment et enfin que l'arrivée du terme n'accorde pas de plein droit au bailleur la propriété du dit bâtiment.⁵⁴

Enfin, pour inciter les gens à participer au financement à long terme des entreprises corporatives, certaines clauses sont destinées à protéger le capital placé ou investi. En plus de la conversion d'obligations ou de débentures en actions, certaines dispositions permettent aux détenteurs d'actions privilégiées de se prévaloir des mêmes avantages.⁵⁵

Ces clauses générales et spéciales destinées à protéger les contractants contre la dépréciation de la monnaie canadienne sont-elles valables?

1. *Le principe général de la validité de ces clauses.*

Au Québec, notre droit commercial est intégré au droit civil. Celui-ci, fortement influencé par le Code Napoléon, s'est inspiré de la conception subjective du droit. Aussi, notre Code civil accorde à la volonté des parties une place prépondérante comme source de droit dans la mesure où les contractants respectent l'article 13 qui stipule:

On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs.

Cette notion d'ordre public a été peu utilisée au Québec pour restreindre l'autonomie des contractants. Non seulement nous n'avons pas connu beaucoup de lois impératives, mais encore nos tribunaux ont interprété de façon très restrictive cette notion, allant même jusqu'à considérer valides des contrats contenant des conditions exorbitantes.

Il faut donc conclure sans hésitation, en regard des principes généraux de notre droit civil et commercial, que ces clauses de protection contre l'érosion monétaire seraient jugées valides. Si nos tribunaux ont décidé que les parties pouvaient utiliser une devise étrangère pour évaluer une prestation, ils pourraient difficilement prendre une position différente relativement à ces stipulations.

Dans le *Traité de Droit Civil du Québec*, Me Faribault s'exprime comme suit:⁵⁶

⁵⁴ *Ibid.*, à la p. 540.

⁵⁵ Roger L. Beaulieu, *Les valeurs mobilières convertibles* (1969), 29 R. du B. 673.

⁵⁶ *Op. cit.*, note 22, p. 29.

Il n'est cependant pas défendu aux parties de se protéger contre les fluctuations du marché en convenant d'un prix indexé (clause d'échelle mobile). Cette précaution me paraît être impérative lorsque l'échéance du prix est très éloignée, ou dans le cas de ventes à livraisons successives.

Dans la seule cause retracée au Canada, concernant la validité de la clause d'échelle mobile, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a adopté une solution favorable à la liberté des contrats même si en l'occurrence une législation statutaire spécifique aurait pu comporter certaines restrictions.⁵⁷

A plus forte raison, cette solution serait retenue au Québec, vu l'économie de notre droit civil et commercial et les positions doctrinales et jurisprudentielles favorables à l'autonomie contractuelle.

D'ailleurs, le législateur a lui-même reconnu l'utilité des clauses destinées à protéger les parties contre les fluctuations des prix.

Durant la dépression des années 1930 et suivantes, le Parlement fédéral et la Législature provinciale ont adopté un certain nombre de lois statutaires d'exception dans le but de sauver la petite propriété, l'agriculture et le petit commerce compromis par la survenance d'une crise économique et l'appréciation de l'unité monétaire ou la dépréciation de la propriété qui en résulta.⁵⁸

En 1936, un article de la Loi du crédit agricole⁵⁹ permettait à un office gouvernemental de consentir des prêts hypothécaires, jusqu'à concurrence de soixante-quinze pour cent de la valeur d'une ferme, à un agriculteur dont le montant total des dettes excédait soixante-cinq pour cent de la valeur de sa terre, dans le but de l'aider à se libérer entièrement de ses obligations. L'intérêt de cette législation consiste dans le fait qu'elle tendait à réduire de trente-cinq pour cent le montant nominal des créances hypothécaires des cultivateurs.

Ce pourcentage correspond à peu près à l'appréciation de l'unité monétaire (ou valorisation des créances) au plus fort de la crise économique.⁶⁰

La Loi concernant la libération de certains débiteurs,⁶¹ sanctionnée le 12 avril 1938, permettait à ces derniers d'obtenir l'extinction de leurs dettes lorsqu'un immeuble les garantissant était vendu en justice, adjugé au créancier et qu'il avait une valeur égale au montant global de la créance. La définition donnée au

⁵⁷ *Commonwealth Savings Plan Ltd. v. Triangle "C" Cattle Co. Ltd.* (1966), 56 D.L.R. (2d) 453 (B.C.C.A.).

⁵⁸ Vézina, *op. cit.*, note 29 à la p. 217.

⁵⁹ Loi du Crédit agricole, S.Q., 1936, 2^e sess., ch. 3, art. 15; S.R.Q., 1941, ch. 113, art. 15 qui a été abrogé par S.Q., 1961, ch. 54, art. 4.

⁶⁰ Vézina, *op. cit.*, note 29, à la p. 218.

⁶¹ Loi concernant la libération de certains débiteurs, S.Q., 1938, ch. 90; S.R.Q., 1941, ch. 343, abrogé par S.Q., 1947, ch. 71 qui ajoute ces dispositions sous l'article 1202 (a à 1) du Code civil.

mot "valeur" dans cette loi démontre la préoccupation du législateur de protéger les débiteurs contre l'appréciation de la monnaie. Ce terme était défini comme suit:

... "valeur", appliqué à un immeuble ou à un bien quelconque, s'entend de sa valeur équitable de rendement, de placement ou de commerce en temps d'activité économique normale, sans égard à sa dépréciation passagère par suite d'une crise économique régionale ou générale.⁶²

Enfin, en cette période de déflation, d'autres législations ont été adoptées, soit pour favoriser les débiteurs dans l'acquittement de leurs obligations,⁶³ soit pour permettre la consolidation de leurs dettes,⁶⁴ soit pour leur accorder une prorogation du terme;⁶⁵ ces avantages étaient généralement accompagnés d'une réduction du taux d'intérêt.

Récemment, le législateur a de nouveau reconnu l'utilité de la clause d'indexation. En effet, parmi les contrats à long terme les plus susceptibles d'accuser le contre-coup de la dépréciation monétaire, on peut mentionner les régimes de rentes et l'assurance-vie.

Au Québec, deux législations ont été édictées pour régir les régimes de rentes: la première concerne le régime obligatoire et universel de rentes du Québec,⁶⁶ la seconde vise les régimes supplémentaires de rentes.⁶⁷

Dans cette première législation concernant le régime d'Etat, on prévoit l'indexation des contributions et des prestations en fonction de l'indice des rentes calculé suivant l'indice des prix à la consommation.⁶⁸ Ainsi, l'article 34 dit:⁶⁹

L'indice des rentes pour l'année est la moyenne de l'indice des prix à la consommation au Canada, publié par le Bureau fédéral de la Statistique en vertu de la Loi sur la Statistique, pour chaque mois au cours de la période de douze mois prenant fin le 30 juin 1966.

L'indice des rentes pour l'année 1968 et chaque année subséquente est égal au moindre soit de 1.02 fois l'indice des rentes pour l'année précédente soit de la moyenne de l'indice des prix à la consommation au Canada pour chaque mois de la période de douze mois prenant fin le 30 juin de l'année précédente. Toutefois, pour toute année à l'égard de

⁶² Art. 1202a (c) du Code civil.

⁶³ Loi concernant les conventions des corporations municipales ou scolaires avec leurs créanciers, S.Q., 1934, ch. 36; S.R.Q., 1964, ch. 170, art. 92.

⁶⁴ Loi protégeant la petite propriété et le crédit municipal et scolaire par la consolidation des taxes, S.Q., 1937, ch. 57; S.R.Q., 1941, ch. 209 qui a été omis dans les Status Refondus du Québec de 1964.

⁶⁵ Loi relative au moratoire et sauvegardant la petite entreprise, S.Q., 1936, ch. 37; S.R.Q., 1941, ch. 336; omis dans les Status Refondus du Québec de 1964.

⁶⁶ S.Q., 1965, ch. 24.

⁶⁷ S.Q., 1965, ch. 25.

⁶⁸ Rapport du Comité interministériel sur le Régime de rentes du Québec, vol. I, avril 1964, pp. 96 à 106.

⁶⁹ *Supra*, note 66.

laquelle ce calcul fournit un indice des rentes inférieur à 1.01 fois celui de l'année précédente, l'indice des rentes est censé être égal à celui de l'année précédente.

De plus, l'article 35 de cette loi prévoit la conversion de l'indice des rentes à la suite d'une révision de l'indice des prix à la consommation au Canada.⁷⁰

Enfin, plusieurs autres articles de cette loi établissent des modalités de calcul en fonction d'indices de gains ou de prix pour déterminer la base des contributions,⁷¹ les façons de fixer les prestations de retraite à verser, les rentes d'invalidité, les prestations de décès, la rente de la veuve, la rente de veuf invalide et la rente d'orphelin et d'enfant de cotisant invalide.⁷²

En outre, la Loi des compagnies d'assurances canadiennes et britanniques⁷³ tient compte dans sa réglementation des fluctuations du marché. En effet, certaines dispositions de cette loi obligent les compagnies qui se livrent à différentes opérations d'assurances à tenir des comptes, caisses et garanties séparés et distincts pour assurer le remboursement des polices d'assurance-vie, tout en leur permettant d'opérer, dans certaines limites, des transferts d'actifs d'une caisse à l'autre.⁷⁴ A cette fin, le mot "valeur" est défini comme suit:⁷⁵

... la valeur d'un transfert à une caisse séparée et distincte ou en provenance de cette dernière doit être établie comme étant sa valeur au moment du transfert à cette caisse et à toutes autres fins, la valeur, à un moment donné, d'un transfert qui a été fait à une caisse séparée et distincte maintenue en conformité du paragraphe (6), dépend de la *valeur marchande de l'actif* qui est dans la caisse à ce moment-là.

D'autres dispositions établissent la valeur en fonction de la valeur marchande ou du prix d'achat des titres.⁷⁶ D'autres articles se réfèrent à une évaluation actuarielle.⁷⁷ Enfin, l'article 133 (3) permet au Ministre d'autoriser l'emploi d'une valeur dépassant la valeur marchande, en cas de fléchissement anormal des cours.⁷⁸

2. Particularités de certains contrats spéciaux.

L'évolution socio-économique a amené, au Canada comme ailleurs, le législateur à restreindre quelque peu la liberté contractuelle dans le but d'atténuer les injustices susceptibles d'en résulter. Ces législations spéciales affectent-elles le droit des contractants d'utiliser des clauses protectrices contre la hausse des prix?

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*, art. 36 et ss.

⁷² *Ibid.*, arts 129 à 155.

⁷³ *Supra*, note 40, amendé par S.C., 1970, 1^{er} Supplément, ch. 19.

⁷⁴ *Ibid.*, art. 81.

⁷⁵ *Ibid.*, 1^{er} Supplément, ch. 19, art. 25(1).

⁷⁶ *Ibid.*, arts 71 et 133(1).

⁷⁷ *Ibid.*, arts 95 et 96.

⁷⁸ *Ibid.*

La Loi fédérale sur l'intérêt

La Loi fédérale concernant l'intérêt reconnaît la liberté des parties contractantes:⁷⁹

Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi du Parlement du Canada, une personne peut stipuler, allouer et exiger, dans tout contrat ou convention quelconque, le taux d'intérêt ou d'es-compte qui est arrêté d'un commun accord.

Ce principe est cependant atténué par les prescriptions imposées aux articles 4 et 6 de la même loi dans le but d'assurer que les emprunteurs connaissent le coût du prêt.⁸⁰

Art. 4: Sauf à l'égard des hypothèques sur les biens-fonds, lorsque, aux termes d'un contrat écrit ou imprimé, scellé ou non, quelque intérêt est payable à un taux ou pourcentage par jour, semaine ou mois, ou à un taux ou pourcentage pour une période de moins d'un an, aucun intérêt supérieur au taux ou pourcentage de cinq pour cent par an n'est exigible, payable ni recouvrable sur une partie quelconque du principal, à moins que le contrat n'énonce expressément le taux d'intérêt ou pourcentage par an auquel équivalait cet autre taux ou pourcentage.

Art. 6: Lorsqu'une somme principale ou un intérêt garanti par hypothèque sur biens-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 de l'intérêt exigible à son égard, calculé annuellement ou semestriellement, mais non d'avance.

On peut donc se demander si ces dispositions restreignent le droit des parties de se référer à des clauses d'échelle mobile ou autres pour se protéger contre la dépréciation du capital. L'interprétation restrictive de ces dispositions par les tribunaux favorise encore la solution libérale.

Ceux-ci ont décidé que l'article 6 de la Loi sur l'intérêt, qui oblige le prêteur à stipuler clairement le taux d'intérêt dans l'acte, ne l'empêche pas de convenir avec l'emprunteur que ce dernier lui paiera un montant additionnel à titre de boni, même si aucune stipulation à cet égard n'est contenue dans l'acte hypothécaire lui-même.⁸¹

Les faits dans cette cause étaient les suivants: la compagnie London Loan and Savings avait prêté sur hypothèque à Trans-Canada Theatre, dont le demandeur Meagher était le liquidateur,

⁷⁹ S.R.C., 1970, ch. I-18, art. 2.

⁸⁰ Roger Comtois, *La loi sur l'intérêt et les prêts hypothécaires* (1957), 60 R. du N. 188.

⁸¹ *London Loan and Savings Co. v. Robert K. Meagher*, [1930] S.C.R. 378.

une somme de \$30,000.00 à sept et demi pour cent, intérêt semi-annuel. L'acte hypothécaire ne contenait aucune référence au boni. L'emprunteur remit au prêteur un chèque de \$3,000.00 en paiement du boni convenu entre les parties. Après la faillite de la compagnie débitrice, le liquidateur dans l'ignorance de la convention sur le boni acquitta entièrement la créance hypothécaire. Ayant subséquemment été informé de cette convention additionnelle portant sur le boni et de son exécution par le failli, le liquidateur intenta une action en répétition de l'indû qui fut maintenue en Cour supérieure et en Cour d'appel, mais renversée par la Cour suprême. Celle-ci décida que la stipulation d'un boni n'allait pas à l'encontre de l'esprit de la Loi sur l'intérêt, car le prêteur n'avait pas caché à l'emprunteur le coût du prêt; elle précisa que le but de la loi n'était pas de limiter le taux d'intérêt ni d'empêcher le prêteur de convenir d'un autre dédommagement que l'emprunteur s'engage à payer.

Dans l'affaire *Asconi Building Corporation Ltd. v. Vermette et Vocisano*,⁸² la Cour suprême jugea qu'une convention aux termes de laquelle les parties avaient déduit à l'avance, sur le montant prêté, une somme déterminée sous forme d'intérêt et de boni, rendait inopérant l'article 6 de la Loi de l'intérêt, puisque le prêt n'était pas fait payable suivant les méthodes prévues par le statut.⁸³

Dans l'affaire *Desrochers et al. and Soules*,⁸⁴ la Cour d'appel de l'Ontario décida que le boni n'était pas de la nature de l'intérêt, mais une convention collatérale valide, et que l'intérêt pouvait être imposé tant sur le principal que sur le boni convenu.⁸⁵

Une interprétation moins libérale fut donnée à l'article 10 de la Loi sur l'intérêt qui se lit comme suit:

- (1) Lorsqu'une somme principale ou un intérêt garanti par hypothèque sur biens-fonds n'est pas payable, d'après les termes de l'acte d'hypothèque, avant qu'il se soit écoulé plus de cinq ans à compter de la date de l'hypothèque, alors, si, à quelque époque après l'expiration de ces cinq ans, la personne tenue de payer ou ayant droit de purger l'hypothèque, offre ou paie à la personne qui a droit de recevoir l'argent, la somme due à titre de principal et l'intérêt jusqu'à la date du paiement calculé conformément aux articles 6 à 9, en y ajoutant trois mois d'intérêt pour tenir lieu d'avis, nul autre intérêt n'est exigible, payable ou recouvrable à une époque ultérieure sur le principal ni sur l'intérêt dû en vertu de l'acte d'hypothèque.
- (2) Rien dans le présent article ne s'applique à une hypothèque sur biens-fonds consentie par une compagnie par actions ou autre corporation, non plus qu'aux débentures émises par une semblable compagnie ou corporation, dont le remboursement a été garanti au moyen d'hypothèques sur biens-fonds.⁸⁶

⁸² [1947] S.C.R. 358.

⁸³ Henri Turgeon, Quelques problèmes sur la Loi fédérale de l'intérêt (1961), 64 R. du N. 183, à la p. 188.

⁸⁴ (1956), 6 D.L.R. (2d) 293 (Ont.).

⁸⁵ Roger Comtois (1957), 59 R. du N. 469.

⁸⁶ *Supra*, note 79.

Cet article, à l'exception des cas prévus au deuxième paragraphe, permet au débiteur de se libérer d'un prêt dont le terme excède cinq ans, après l'expiration de ce délai, en payant une indemnité additionnelle équivalente à trois mois d'intérêt.⁸⁷

Dans l'affaire *Lapalice v. Canadian Oil Companies Ltd.*,⁸⁸ la Cour d'appel du Québec décida que le seul avantage que procure l'article 10 de cette loi est de libérer le débiteur de tout intérêt à payer pour l'avenir après avoir remboursé le capital et versé le boni.⁸⁹

D'autre part, dans l'affaire *Nemec v. Shell Oil Company of Canada Ltd.*,⁹⁰ la Cour supérieure, s'appuyant sur la Loi fédérale d'interprétation,⁹¹ a reconnu que cet article était d'ordre public et que les parties ne pouvaient pas y déroger.

Pour rétablir l'équilibre, les notaires ont pris l'habitude d'inclure dans les obligations hypothécaires une clause de rappel réservant au prêteur, nonobstant la durée du prêt, le droit d'exiger après cinq ans le remboursement immédiat du solde, moyennant un avis de trois mois. A cette clause de rappel est presque toujours greffée une clause de révision du taux d'intérêt. Ceci peut expliquer en partie l'utilisation peu fréquente de clauses d'indexation dans les contrats de cette nature.

A l'exception de l'application de cet article 10, les tribunaux ont interprété la Loi de l'intérêt dans un sens favorable à la liberté contractuelle. Il ne faut donc pas s'étonner qu'une solution similaire fut retenue dans une cause concernant la validité d'une clause d'échelle mobile.

En effet, dans l'affaire *Commonwealth Savings Plan Ltd. v. Triangle "C" Cattle Co. Ltd.*,⁹² la Cour d'appel de la Colombie-Britannique décida que le montant indexé se rattachait au principal plutôt qu'à l'intérêt et qu'il devait être assimilé à un boni.

Les faits étaient les suivants: un acte d'obligation hypothécaire prévoyait le remboursement du principal avec intérêt au taux de dix pour cent par année, plus un montant indexé basé sur l'augmentation du coût de la vie calculée suivant l'indice des prix à la consommation du Bureau de la Statistique du Gouvernement du Canada. Il était stipulé que le montant indexé faisait partie de la somme principale garantie par hypothèque. Cette clause fut jugée valide, parce qu'elle constituait une convention collatérale qui aurait pu d'ailleurs être à l'avantage de l'une ou l'autre des parties suivant les variations des prix à la consommation. De plus, la Cour ajouta que cette stipulation n'était pas

⁸⁷ (1958), 60 R. du N. 419.

⁸⁸ [1965] B.R. 494.

⁸⁹ Roger Comtois (1965), 68 R. du N. 111.

⁹⁰ [1965] C.S. 197.

⁹¹ Loi d'interprétation, S.R.C., 1952, ch. 158, art. 15.

⁹² *Supra*, note 57.

injuste ni immorale et ne constituait pas de l'intérêt caché ni une pénalité additionnelle. Enfin, le tribunal déclara que même si cette clause d'indexation était établie en fonction des fluctuations du coût de la vie, des variations similaires peuvent aussi se produire quand un Canadien accepte de rembourser un prêt en monnaie américaine et qu'une telle convention n'est pas invalide du fait que le montant varie suivant le taux du change en vigueur à la date du paiement.

Il est intéressant de remarquer que le tribunal s'est référé à certains critères d'ordre public, d'équité ou de bonnes mœurs avant de se prononcer sur la validité de la transaction. Dans les provinces régies par la "Common Law", les tribunaux ont en effet fait appel à ces critères.⁹³

Ainsi, dans la cause *Longley v. Barbrick*,⁹⁴ le tribunal d'appel de la Nouvelle-Ecosse réduisit le coût d'un prêt abusif, même si le contrat ne violait pas la Loi fédérale sur l'intérêt, pour le motif qu'un boni de cent pour cent devait être considéré injuste suivant les critères d'équité et de bonne conscience.

En 1960, la Législature ontarienne adopta une loi intitulée "The Unconscionable Transactions Relief Act",⁹⁵ dont le but était de permettre aux tribunaux de réduire le coût d'un prêt jugé excessif. Cette législation fut déclarée valide par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *The Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*:⁹⁶ celle-ci décida qu'il ne s'agissait pas d'une législation sur l'intérêt qui relève de l'autorité fédérale, mais d'une réglementation relative à l'annulation ou à la révision des contrats, laquelle est attribuée aux Législatures provinciales en vertu de leur juridiction sur la propriété et les droits civils.⁹⁷

En 1964, l'Assemblée Nationale du Québec légiféra en cette matière pour assurer l'équité dans certains contrats.⁹⁸ Après avoir réglementé rigoureusement le droit de tout créancier de devenir propriétaire irrévocable d'un immeuble en vertu d'une clause de dation en paiement ou de l'exercice d'une condition résolutoire, le législateur édicta l'article 1040 (c) du Code civil qui accorde aux tribunaux le pouvoir de réduire ou d'annuler les obligations monétaires découlant d'un prêt.

⁹³ *Kreglinger v. New Patagonia Meat and Cold Storage Company Ltd.*, [1914] A.C. 25, qui établit les critères à suivre en équité: "There is no rule in equity that a mortgagee cannot stipulate in the mortgage deed a collateral advantage to endure beyond redemption, provided that such collateral is not either (1) unfair and unconscionable, or (2) in the nature of a penalty clogging the equity of redemption, or (3) inconsistent with or repugnant to the contractual or equitable right to redeem." Pour des explications sur ces critères: cf. (1961), 64 R. du N. 183, aux pp. 190 à 192.

⁹⁴ (1962), 36 D.L.R. (2d) 672 (N.S.).

⁹⁵ R.S.O., 1960, ch. 410.

⁹⁶ *Supra*, note 11.

⁹⁷ (1965), 11 McGill L.J. 268.

⁹⁸ Bill 48, 12-13 Eliz. II.

Les articles pertinents sont les suivants:

Art. 1040c: Les obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent sont réductibles ou annulables par le tribunal dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à toutes les circonstances, qu'elles rendent le coût du prêt excessif et l'opération abusive et exorbitante.

A cette fin, le tribunal doit apprécier toutes les obligations découlant du prêt en regard de la somme effectivement avancée par le prêteur nonobstant tout règlement de compte, et toute novation ou transaction.

La preuve testimoniale de la somme effectivement avancée est recevable à l'encontre de l'acte, si ce n'est envers un cessionnaire de bonne foi, sauf le recours, en ce cas, contre le prêteur.

Art. 1040d: Le vendeur à réméré est réputé emprunteur pour les fins des trois articles précédents. Il en est de même de l'acheteur à terme, à tempérament ou sous condition ainsi que du possesseur avec promesse de vente ou option d'achat.

L'autre partie est réputé créancier.

Le présent article ne permet pas à un tribunal d'exercer à l'égard d'un contrat le pouvoir accordé par l'article précédent sauf dans la mesure où ce contrat doit être considéré comme équivalant à un prêt d'argent.

Art. 1040e: Les dispositions de la présente section ont effet nonobstant toute convention contraire. Une renonciation à l'avis ci-dessus prescrit est réputée non écrite.

Vu la généralité des termes utilisés, ces articles s'appliquent en matière mobilière ou immobilière, civile ou commerciale, et dans tous les cas où une transaction équivaut à un prêt d'argent.⁹⁹ Ces dispositions donnent au tribunal "une discrétion illimitée et en fait une cour d'équité (institution inconnue sous notre droit et qui rappelle le recours au prêteur du droit romain)".¹⁰⁰

Dans la cause *Boutin v. Corporation de Finance Belvédère*,¹⁰¹ la Cour d'appel du Québec infirma une décision d'un juge de la Cour supérieure et réduisit le coût d'un prêt tout en formulant certains critères relatifs à l'application de cette nouvelle législation. Entre autres, elle tint compte du faible risque assumé par le prêteur et des garanties données pour juger le coût du prêt excessif. Le tribunal ajouta que l'article 1040 (c) lui accorde le pouvoir de s'enquérir de toutes les circonstances du prêt avant de rendre une décision. Cette affirmation n'est pas sans importance surtout si l'on considère que dans ce litige l'emprunteur avait payé des sommes considérables à titre de commissions.

Dans l'application de ces dispositions nouvelles, les tribunaux tiendraient-ils compte de l'existence de clauses d'échelle mobile pour juger si le coût d'un prêt est excessif? Bien sûr, une clause d'indexation constitue une garantie additionnelle, puisqu'elle pro-

⁹⁹ William G. Morris, *De l'équité dans certains contrats* (1965), 25 R. du B. 65, à la p. 81.

¹⁰⁰ Armand Lavallée, *En marge du Bill 48* (1964), 66 R. du N. 483.

¹⁰¹ [1970] B.R. 389.

tège le prêteur contre la dépréciation de son capital. Toutefois, même si les tribunaux l'ont assimilée à un boni pour décider qu'elle ne contrevenait pas à la Loi sur l'intérêt, ce serait une erreur d'utiliser la même comparaison pour justifier le tribunal d'en tenir compte dans l'application de l'article 1040 (c). En effet, le terme "obligations monétaires" mentionné au dit article concerne le coût du prêt et non le remboursement du capital.

Nous voyons difficilement que le tribunal puisse annuler en tout ou en partie le capital tout autant que l'intérêt. Nous croyons que cette expression doit s'appliquer uniquement à l'intérêt ou aux autres coûts formant dans leur ensemble le prix à payer par l'emprunteur pour recevoir le prêt. En somme, d'après nous, cette expression inclurait toutes les obligations pécuniaires, sauf celle de rembourser le capital.¹⁰²

Si un boni ne constitue pas de l'intérêt, nous croyons qu'il fait partie des éléments entrant dans le coût du prêt.¹⁰³ C'est donc avec raison que la Cour d'appel a tenu compte du boni ou des commissions dans l'appréciation du coût d'un emprunt.¹⁰⁴

Il devrait cependant en être autrement de la clause d'indexation qui, loin de constituer un élément du coût, est intimement liée au capital qu'elle entend préserver. Elle n'est pas usuaire de sa nature et ne rend nullement un prêt exorbitant. Protégeant le prêteur contre l'instabilité monétaire, elle peut devenir un moyen d'uniformisation utile dans l'établissement du prix de l'argent.

En effet, les prêteurs, assurés de conserver la valeur du capital, devraient être moins enclins à stipuler des taux d'intérêt trop élevés sous prétexte de remédier à la dépréciation éventuelle de la monnaie.

La Loi des banques

Il existe d'autres dispositions législatives restreignant l'autonomie des parties en matière de prêt d'argent. Retenons que l'ancien article 91 de la Loi des banques¹⁰⁵ qui interdisait à toute banque de convenir d'un taux d'intérêt ou d'un taux d'escompte excédant six pour cent, a été abrogé par des amendements¹⁰⁶ qui sont entrés en vigueur le 31 décembre 1967. Cette ancienne prohibition avait été interprétée très restrictivement par les tribunaux.¹⁰⁷ D'ailleurs, le *Rapport* de la Commission Porter mentionnait que le

¹⁰² Morris, *op. cit.*, note 99, à la p. 81.

¹⁰³ Jean-Marie Tétreault, L'article 1040b C.c., essai d'interprétation (1967), 69 R. du N. 548.

¹⁰⁴ Boutin v. Corporation de Finance Belvédère, *supra*, note 101.

¹⁰⁵ S.R.C., 1952, ch. 12.

¹⁰⁶ S.C., 1966-67, ch. 87.

¹⁰⁷ *Paramount Fabrics Ltd. v. Imperial Bank*, [1961] B.R. 602; *Canadian Bank of Commerce v. Postman and Postman*, [1931] 3 W.W.R. 737 (Alta.); *Banque Canadienne Nationale v. Shragge*, [1929] 3 W.W.R. 676 (Man.); *Royal Bank of Canada v. Doten*, [1927] 2 W.W.R. 670, [1927] 3 D.L.R. 305 (Alta.).

coût global en intérêts et frais de service des prêts à tempérament consentis par les banques variait entre neuf un quart et onze un quart pour cent.¹⁰⁸

Aujourd'hui, le nouvel article 91 ne contient aucune limitation concernant le taux d'intérêt que les banques à charte peuvent stipuler.¹⁰⁹ Cette modification législative a fait suite à de nombreux amendements antérieurs, tant à la Loi sur les banques qu'à d'autres Statuts, dont l'objet était de libéraliser les pouvoirs des banques à charte en matière de prêts.¹¹⁰

Les Lois concernant les prêteurs sur gage et les petits prêts

Ce n'est qu'à l'égard des prêts sur gage et des petits prêts que le Parlement canadien a limité le taux d'intérêt afin d'enrayer l'usure.

La Loi sur les prêteurs sur gage¹¹¹ détermine les taux d'intérêt maxima que peut imposer toute personne qui fait légalement profession de recevoir ou de prendre, à titre de nantissement, de gage, ou d'échange, des effets mobiliers en garantie du remboursement de prêts sur ces effets.¹¹²

D'autre part, la Loi sur les petits prêts limite les taux d'intérêt que peut convenir "tout personne, autre qu'une banque à charte, qui exerce le commerce de prêt d'argent ou s'annonce ou se donne, de quelque façon, comme exerçant le dit commerce, mais l'expression ne comprend pas un prêteur sur gage enregistré à ce titre".¹¹³ Cette loi s'applique uniquement dans le cas de prêts n'excédant pas \$1,500.00.¹¹⁴

Toutefois, l'article 2 de la même Loi sur les petits prêts définit le coût de l'emprunt de façon très extensive.¹¹⁵ Il en résulte que

¹⁰⁸ Rapport de la Commission Royale d'enquête sur le système bancaire et financier (1964), Ottawa.

¹⁰⁹ S.R.C., 1970, ch. B-1, art. 91: "La Banque peut payer n'importe quel taux d'intérêt sur une dette payable par elle, et elle peut prélever n'importe quel taux d'intérêt ou d'escompte sur un prêt ou une avance consentis par elle ou sur une dette ou un engagement envers elle."

¹¹⁰ Pierre Carignan, Une nouvelle tendance de la législation bancaire canadienne (1956), 16 R. du B. 449.

¹¹¹ Thomas-Louis Bergeron, Des ventes dites conditionnelles (1962), 22 R. du B. 150, à la p. 164.

¹¹² Loi sur les prêteurs sur gage, S.R.C., 1970, ch. P-5.

¹¹³ Loi sur les petits prêts, S.R.C., 1970, ch. S-11, art. 2.

¹¹⁴ *Ibid.*, art. 2. L'article 3 (2) établit le coût maximum du prêt: "Le coût d'un emprunt ne doit pas excéder l'ensemble

- a) de deux pour cent par mois sur toute partie du solde de principal impayé d'au plus trois cents dollars,
- b) de un pour cent par mois sur toute partie du solde de principal impayé dépassant trois cents dollars mais n'excédant pas mille dollars, et
- c) d'un demi pour cent par mois sur tout reste du solde de principal impayé excédant mille dollars."

¹¹⁵ *Ibid.*, l'article (2) définit: "coût de l'emprunt" ou "coût du prêt" signifie le coût global pour l'emprunteur, que ce coût soit désigné comme intérêt ou réclamé à titre d'escompte, de déduction sur une avance, de

les escomptes, déductions sur avance ou commissions doivent être considérés dans le calcul du coût de l'emprunt. Cependant, cette législation ne restreint nullement le droit du prêteur de protéger son capital au moyen d'une clause d'indexation.

Celle-ci constitue donc l'un des meilleurs moyens à utiliser pour se protéger contre la dépréciation monétaire. Pour atteindre cet objectif, elle est préférable à différentes techniques de placement hybride, qu'il s'agisse de clauses de participation aux revenus de l'emprunteur, de loyer gradué selon ses revenus ou de bail emphytéotique ou à construction.

Le placement hybride

Certaines obligations hypothécaires contiennent des clauses permettant au prêteur d'obtenir, en plus de l'intérêt légalement stipulé, une participation dans les bénéfices réalisés par l'emprunteur. S'il est vrai qu'une telle clause habilement rédigée peut éviter l'application de la Loi fédérale sur l'intérêt,¹¹⁶ il est fort douteux qu'il en soit ainsi de l'article 1040 (c) du Code civil. En effet, cette disposition participe beaucoup plus de la nature de l'intérêt que du capital; à tout le moins, il s'agit manifestement d'un élément faisant partie du coût de l'emprunt et d'une spéculation du prêteur sur les revenus de l'emprunteur. Le fait de qualifier cette stipulation de compensation pour la dépréciation réelle du pouvoir d'achat du capital prêté est un artifice. Il n'y a pas de relation directe entre les revenus qu'il peut réaliser un emprunteur et la dépréciation du capital prêté.

Les prêteurs ont aussi utilisé le bail emphytéotique pour se protéger contre l'érosion monétaire. La technique est la suivante: le prêteur achète le terrain sur lequel une construction est érigée et le cède par bail emphytéotique à l'emprunteur qui s'oblige à lui payer un loyer gradué. Cette graduation se fait généralement en affectant le loyer d'un coefficient revisable annuellement ou à intervalles plus longs et dont la variation est proportionnelle à celle du revenu brut des immeubles ou de la valeur marchande du terrain.¹¹⁷ En même temps, le bailleur consent un prêt hypothécaire grevant la construction érigée sur le terrain dont il est propriétaire.

Selon nous, ce mécanisme permet d'éviter l'application de la Loi fédérale sur l'intérêt et de l'article 1040 (c) du Code civil

commission, de courtage, de frais d'hypothèque mobilière et de droits d'enregistrement, d'amendes, de sanctions, ou de frais de recherches, défauts de paiement, renouvellements ou autrement, ou qu'il soit versé au prêteur ou par lui exigé, ou versé à une autre personne ou par elle exigé, et qu'il soit fixé et déterminé par le contrat de prêt lui-même ou, totalement ou partiellement, par quelque autre contrat ou document collatéral aux termes duquel les charges, s'il en est, imposées en vertu du contrat de prêt ou les conditions du remboursement de l'emprunt, sont effectivement modifiées.

¹¹⁶ *Op. cit.*, note 53, à la p. 233.

¹¹⁷ *Ibid.*, aux pp. 535 et 549.

dans la mesure où le contrat de prêt n'y contrevient pas. En outre, sur le plan économique, il comporte l'avantage de favoriser la construction puisqu'il diminue le montant de l'investissement nécessaire à l'acquisition d'une propriété.

Par ailleurs, cette solution complexe n'est pas sans soulever certains problèmes juridiques. Bien sûr, le droit de superficie est reconnu au Québec.¹¹⁸ Cependant, la coexistence de ces deux contrats, outre qu'elle oblige les parties à bien préciser les conditions de chacun, suscite certaines complications.

Dans la cause *Paradis v. Dame Lavoie*,¹¹⁹ la Cour d'appel du Québec semble mettre en doute la possibilité pour un prêteur d'enregistrer une obligation hypothécaire affectant un fonds dont il est propriétaire. Le juge Rivard déclare:

Le droit du bailleur à la redevance emphytéotique ne saurait, non plus, comporter privilège ou hypothèque. Comment le créancier qui demeure propriétaire du fonds aurait-il une hypothèque ou un privilège sur son propre bien? La sanction de son droit, c'est, s'il s'écoule trois ans sans que le canon ne soit payé, la déchéance de l'emphytéose.

Il faut toutefois retenir que ce principe, énoncé comme "obiter dictum" concernait l'enregistrement du droit du bailleur à une redevance emphytéotique, et surtout qu'il s'agissait d'un cas où le propriétaire du terrain était le même que celui de la construction. Dans la négative, il est probable qu'une autre solution serait retenue.

D'autres difficultés pourraient aussi surgir si l'un ou l'autre des deux contrats, soit le bail emphytéotique ou le prêt hypothécaire, était cédé à un tiers.¹²⁰

L'utilisation d'un mécanisme si complexe oblige les parties à se servir de clauses appropriées pour établir clairement leurs droits et obligations respectives.

En conséquence, la clause d'indexation demeure la plus propice et la plus simple pour éviter la dépréciation monétaire.

Les valeurs mobilières convertibles

La conversion de valeurs mobilières est un autre moyen utilisé dans le but de combattre les effets de l'érosion monétaire. Pour favoriser leur financement à moyen ou à long terme, les entreprises commerciales ont tendance à employer de plus en plus souvent ce mécanisme d'origine américaine.

La valeur convertible, qu'il s'agisse d'une obligation, d'une débenture ou d'une action privilégiée, est un titre qui confère à son détenteur le droit, selon les conditions spécifiées dans les lettres patentes ou les lettres patentes supplémentaires, de la con-

¹¹⁸ Jean-Guy Cardinal, *Le droit de superficie* (1957).

¹¹⁹ (1935), 58 B.R. 139, à la p. 141.

¹²⁰ Martel, *op. cit.*, note 53, à la p. 544.

vertir ou de l'échanger pour une autre valeur du capital-actions de la même compagnie.¹²¹

La Loi des compagnies du Québec¹²² et la Loi sur les corporations canadiennes¹²³ prévoient toutes deux que le capital-actions d'une compagnie peut être composé d'actions auxquelles des conditions sont attachées.¹²⁴ Bien que ces lois ne mentionnent pas expressément que ces actions puissent conférer à leur détenteur le droit de les convertir ou de les échanger pour une autre catégorie de valeurs, "c'est la pratique des autorités administratives de Québec et d'Ottawa d'approuver, dans les conditions afférentes aux actions privilégiées, des dispositions prévoyant la convertibilité de ces actions en actions d'une autre catégorie selon des modalités plus ou moins complexes, y compris l'addition d'une somme d'argent payable par le souscripteur des nouvelles actions".¹²⁵

En l'absence de dispositions spécifiques dans les lois fédérales ou québécoises, on prend pour acquis que ce droit de conversion ou d'échange est compris parmi ceux qui sont mentionnés aux articles 13(1) et 61 de la Loi sur les corporations canadiennes¹²⁶ et 45 (1)(c) de la Loi des compagnies du Québec.¹²⁷ Encore une fois, c'est la liberté d'agir qui se manifeste quand il n'y a pas de prohibition.

En ce qui concerne les obligations et les débentures convertibles, aucune disposition dans nos lois fédérale et québécoise sur

¹²¹ Beaulieu, *op. cit.*, note 55.

¹²² S.R.Q., 1964, ch. 271 et amendements.

¹²³ S.R.C., 1970, ch. C-32.

¹²⁴ S.R.Q., 1964, ch. 271, art. 45 (1) (c); S.R.C. 1970, ch. C-32, art.

13 (1).

¹²⁵ Beaulieu, *op. cit.*, note 55, à la p. 674.

¹²⁶ *Supra*, note 123.

Art. 13 (1): "Les lettres patentes ou lettres patentes supplémentaires d'une compagnie peuvent prévoir des actions de plus d'une catégorie, ainsi que des droits, restrictions, conditions ou limitations privilégiés, différés ou autrement spéciaux, que comporte toute catégorie d'actions."

Art. 61: "A moins qu'elles ne soient émises sous réserve de rachat ou de conversion, les actions privilégiées ou les actions auxquelles sont attachés des restrictions, des conditions, des limitations ou des droits spéciaux ne doivent être soumises ni au rachat ni à la conversion sans que leurs détenteurs y consentent, sauf si cette conversion ou ce rachat est effectué

a) conformément à un amendement ou changement des dispositions se rattachant à ces actions, fait ou approuvé de la manière (s'il en est) énoncée dans ces dispositions; ou

b) conformément à un arrangement ou compromis prévu aux articles 134 ou 135."

¹²⁷ *Supra*, note 122.

Art. 45 (1) (c): "Les lettres patentes ou lettres patentes supplémentaires d'une compagnie peuvent prévoir des actions de plus d'une catégorie et les droits, conditions ou restrictions privilégiés ou spéciaux afférents à chaque catégorie d'actions, y compris:

c) des dispositions restreignant ou étendant les droits des détenteurs de ces actions de toute autre manière non contraire à la loi."

les compagnies ne prévoit la conversion d'un titre de créance en une action au gré du détenteur. Par ailleurs, la même absence de prohibition que dans le cas des actions privilégiées convertibles, favorise l'initiative des emprunteurs qui les utilisent pour faciliter leur financement.

Ce que la société fait effectivement c'est conférer au détenteur de la créance une option irrévocable de souscrire des actions pour une considération égale à la valeur nominale du titre, selon un facteur de conversion prévu lors de l'émission du titre de créance. Cela est analogue au rachat, par la compagnie, des titres de créance en cours, sauf que le paiement a lieu au gré du détenteur et non au gré de la compagnie et qu'il s'effectue en actions plutôt qu'en deniers. Si les titres de créance ont une valeur marchande moindre que la valeur au pair des actions émises en échange, le problème de carence de considération peut se poser.

Les obligations et débetures convertibles peuvent être échangeables non seulement en des actions, mais aussi en des titres de créance ayant des modalités et conditions différentes (intérêt, échéance, prime, rachat). Ainsi, les obligations émises par le gouvernement de la Province de Québec le 1er juin 1969 sont les obligations 7¾ % échéant le 1er juin 1975 qui confèrent à leurs détenteurs le droit de les échanger en tout temps avant le 1er décembre 1974, par avis au fiduciaire, pour des obligations portant intérêt au taux de 7¾ % jusqu'au 1er juin 1975, et au taux de 8 % par la suite, échéant le 1er juin 1995 et comportant le droit à un escompte de \$4.77 par \$100.00 d'obligations, payable le 1er juin 1975. L'Hydro-Québec avait, en 1968, émis des obligations échangeables de façon analogue. Cette pratique d'échanger des titres de créance pour d'autres titres de créances, fréquemment utilisée par l'Etat, peut fort bien être suivie par les corporations.¹²⁸

Conclusion

Historiquement, les Etats ne favorisaient pas l'utilisation d'un instrument d'échange différent de la monnaie du pays. Les détenteurs du pouvoir, les rois et les nobles, en même temps de grands débiteurs, bénéficiaient de l'érosion monétaire. Ils étaient donc peu enclins à encourager des stipulations contractuelles destinées à neutraliser la dépréciation de l'argent.

Le développement de la monnaie scripturale s'est accéléré avec l'avènement du libéralisme économique et politique. De là, l'apparition de clauses conventionnelles dont le but était d'assurer l'équivalence des prestations.

L'attitude des pouvoirs publics relativement à ces stipulations a varié en fonction de considérations idéologiques ou de la situation économique ou militaire du pays.

Au Canada, les Etats fédéral et québécois, à l'exception de la période troublée qui a précédé la deuxième grande guerre, n'ont pas restreint l'autonomie des citoyens à cet égard. Ceux-ci se sont peu prévalus, dans le passé, de la liberté dont ils jouissaient. Il faut dire que les politiques économiques gouvernementales ont

¹²⁸ Beaulieu, *op. cit.*, note 55, à la p. 679.

généralement réussi à enrayer l'inflation, qui constitue une menace à la prospérité du pays à cause de la grande proportion de sa production destinée à l'exportation.

Même si l'augmentation annuelle des prix au Canada fut modérée, les citoyens à revenus stables — les rentiers, les pensionnés, les détenteurs de polices d'assurance-vie ou d'annuités, les acheteurs d'obligations, les petits salariés non-syndiqués — n'en subissaient pas moins les inconvénients à longue période.¹²⁹ A titre d'exemple, l'employé qui a pris sa retraite en 1956 a subi une perte de trente pour cent du pouvoir d'achat de sa pension, tandis que le jeune travailleur a bénéficié d'une augmentation de trente cinq pour cent de son niveau de vie.¹³⁰

L'utilisation de clauses protectrices contre l'inflation est d'abord apparue dans les contrats successifs ou à long terme, en droit civil, commercial, corporatif, ouvrier et administratif.

Depuis quelques années, au Canada comme aux Etats-Unis, les hommes d'affaires insèrent des clauses d'échelle mobile dans les contrats à court terme, surtout pour se protéger des augmentations de leurs coûts de production dues à une inflation plus considérable.¹³¹

Il est heureux que notre libéralisme juridique autorise les contractants à se servir à loisir de mécanismes susceptibles de préserver l'équilibre des considérations, même si ces clauses escalatrices peuvent aussi, selon certains économistes, contribuer à l'inflation. En effet, il est moins dangereux de prévoir la hausse des prix de façon rationnelle que de spéculer sur une éventuelle dépréciation monétaire.

Souhaitons que les contractants utiliseront à bon escient leur autonomie, en évitant les abus qui amèneraient certainement une restriction de leur liberté.

¹²⁹ Defense Against Inflation, A statement on National Policy by the Research and Policy Committee of the Committee for Economic Development, Subcommittee on Inflation, New York, 1958.

¹³⁰ Inflation-plagued Pensioners Haven't Begun Rioting Yet: Gerald B. Anger, *The Financial Post*, 24 avril 1971, Toronto.

¹³¹ Automatic Inflation?, *The Wall Street Journal*, le 3 juin 1971, p. 1.

ANNEXE 1
 INDICE DES PRIX A LA CONSOMMATION*
 CANADA et MONTREAL
 (1949 = 100)

ANNEE	MONTREAL	% d'augmentation annuelle	CANADA	% d'augmentation annuelle
1939	—	—	63.2	—
1940	64.8	—	65.7	4.0
1941	68.6	5.9	69.6	5.9
1942	71.9	4.8	72.9	4.7
1943	73.4	2.1	74.2	1.8
1944	73.6	0.3	74.6	0.5
1945	74.4	1.1	75.0	0.5
1946	76.9	3.4	77.5	3.3
1947	84.3	9.6	84.8	9.4
1948	96.6	14.6	97.0	14.4
1949	100.0	3.5	100.0	3.1
1950	103.7	3.7	102.9	2.9
1951	116.1	12.0	113.7	10.5
1952	117.6	1.3	116.5	2.5
1953	116.3	(—)1.1	115.5	(—)0.9
1954	116.8	0.4	116.2	0.6
1955	116.9	0.1	116.4	0.2
1956	118.4	1.3	118.1	1.5
1957	121.8	2.9	121.9	3.2
1958	125.5	3.0	125.1	2.6
1959	126.9	1.1	126.5	1.1
1960	127.9	0.8	128.0	1.2
1961	129.3	1.1	129.2	0.9
1962	130.9	1.2	130.7	1.2
1963	133.0	1.6	133.0	1.8
1964	135.1	1.6	135.4	1.8
1965	138.0	2.1	138.7	2.4
1966	142.1	3.0	143.9	3.7
1967	147.7	3.9	149.1	3.6
1968	152.7	3.4	155.2	4.1
1969	157.5	3.1	162.1	4.4
1970	160.7	2.0	167.6	3.4

* Source: — Bureau Fédéral de la Statistique, Ottawa.

ANNEXE 2
 INDICE DES PRIX A LA CONSOMMATION*
 ETATS-UNIS
 (1957-1959 = 100)

ANNEE	INDICE GLOBAL	% d'augmentation annuelle
1939	48.4	—
1940	48.8	0.8
1941	51.3	5.1
1942	56.8	10.7
1943	60.3	6.2
1944	61.3	1.7
1945	62.7	2.3
1946	68.0	8.5
1947	77.8	14.4
1948	83.8	7.7
1949	83.0	(—)1.0
1950	83.8	1.0
1951	90.5	8.0
1952	92.5	2.2
1953	93.2	0.8
1954	93.6	0.4
1955	93.3	(—)0.3
1956	94.7	1.5
1957	98.0	3.5
1958	100.7	2.8
1959	101.5	0.8
1960	103.1	1.6
1961	104.2	1.1
1962	105.4	1.2
1963	106.7	1.2
1964	108.1	1.3
1965	109.9	1.7
1966	113.1	2.9
1967	116.3	2.8
1968	121.2	4.2
1969	127.7	5.4
1970	135.3	6.0

* Source: — Chiffres des années 1939-1966: Business Statistics, Bien-nial Supplement to the Survey of Current Business, U.S. Department of Commerce, Office of Business Economics, U.S.A. (1967).

— Chiffres des années 1967-1970: Survey of Current Business, U.S. Department of Commerce, Office of Business Economics, U.S.A. (1971).

ANNEXE 3
*COURS DU CHANGE CANADA — ETATS-UNIS**
 MOYENNE DES COURS DU MIDI
 AU COMPTANT
 (en cents canadiens, par unité)

<i>ANNEE</i>	<i>COURS DU CHANGE</i>	
1939 à 1949	110.0 - 111.0	(1)
1949	104.0	
1950	108.92	(2)
1951	105.28	
1952	97.89	
1953	98.34	
1954	97.32	
1955	98.63	
1956	98.41	
1957	95.88	
1958	97.06	
1959	95.90	
1960	96.97	
1961	101.32	
1962	106.89	(3)
1963	107.85	
1964	107.86	
1965	107.80	
1966	107.73	
1967	107.87	
1968	107.75	
1969	107.68	
1970	104.40	(4)

* Source: Bulletin Statistique de la Banque du Canada, revues mensuelles et Supplément 1970, Ottawa.

(1) Durant cette période, le Canada avait adopté le taux fixe.

(2) Le 30 septembre 1950, le Canada revient au taux flottant.

(3) En 1962, le Canada réadopte le taux fixe.

(4) Le 1er juin 1970, le Canada revient au taux flottant.