

## ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

**À la recherche d'une règle générale  
régissant les clauses abusives  
en droit québécois**

Benoît MOORE<sup>[1]</sup>

**INTRODUCTION 179**

**I. LES MÉTHODES À LA DISPOSITION DU LÉGISLATEUR 181**

**A. Les exemples tirés de la législation et de la doctrine étrangères 181**

1. Les solutions curatives 181

a) *Le pouvoir administratif: l'exemple de la France* 182

i) Le champ d'application 182

ii) Les mécanismes 183

b) *Les pouvoirs judiciaire et législatif* 187

2. Les solutions préventives 189

a) *La création d'une commission administrative* 189

i) Le modèle français 189

ii) Autres modèles proposés 191

b) *Le formalisme* 192

**B. Les exemples tirés de la législation québécoise 193**

1. La législation en matière de protection des consommateurs 193

a) *Les dispositions diverses concernant les clauses abusives* 194

- i) L'interdiction de certaines clauses spécifiques 194
- ii) L'interprétation du contrat 195
- iii) Le formalisme des contrats 196
- iv) L'information du consommateur 197

b) *La lésion* 197

2. La législation en matière d'assurances 200

## **II. LES MÉTHODES RETENUES PAR LE LÉGISLATEUR 202**

### **A. Les contrats d'adhésion et de consommation 202**

1. Définition des concepts 202

a) *Le contrat d'adhésion* 202

- i) Le contenu doit être imposé ou unilatéralement rédigé 206
- ii) Le critère de «stipulations essentielles» 206
- iii) L'impossibilité de libres discussions 207

b) *Le contrat de consommation* 209

2. Le régime applicable 210

a) *La forme du contrat* 210

- i) Les clauses externes 211
- ii) Les clauses illisibles et incompréhensibles 214

b) *Le contenu du contrat* 220

- i) L'interprétation du contrat 220
- ii) Les clauses abusives 221

### **B. Les contrats de gré à gré 230**

1. L'erreur 230

- a) *L'erreur spontanée* 230
- b) *L'erreur provoquée: le dol* 231

2. La bonne foi 232

3. L'ordre public 234

## **CONCLUSION 236**

---

*L'égalité est plus parfaite si l'on traite inégalement  
les choses inégales.*  
Aristote

La vision classique du contrat conçoit celui-ci comme une limitation à la liberté individuelle. Librement négocié, il est conclu suite à de mutuels compromis. Par conséquent, le contrat ne peut qu'être juste; étant donné qu'il requiert les consentements respectifs, il bénéficie nécessairement aux deux parties contractantes. Cette vision mythique du contrat est celle que les codificateurs ont retenue en 1866; la liberté contractuelle était alors la philosophie principale du droit québécois des obligations. Le rejet de la lésion entre majeurs en est l'illustration par excellence.

Cette domination de l'autonomie de volonté, au détriment de la justice contractuelle ne représente pas, contrairement à ce que l'on puisse penser, une codification du droit alors en vigueur au Bas-Canada. Il existait en effet, à cette époque, certaines règles antilésionnaires sanctionnant les contrats, même entre majeurs[2].

La protection quasi absolue de la liberté contractuelle, qui pouvait à la limite se défendre au milieu du XIXe siècle[3], devenait, avec la prolifération du commerce, de plus en plus archaïque et injuste. Le XXe siècle a été témoin d'une transfiguration contractuelle. La rapidité des transactions rendait impossible la négociation des ententes. Le contrat devait être un outil efficace au service du commerce. Cette nécessité allait provoquer l'affaiblissement du contrat négocié et l'émergence marquante du contrat d'adhésion[4].

Ce nouveau type de contrat accentue le déséquilibre entre les parties. Nous signons, chaque jour, quantité de contrats sans même en connaître ou en comprendre le contenu. La masse contractante " que nous appellerons adhérents " s'engage dans un climat de résignation et, paradoxalement, de confiance: «Si ce contrat est signé quotidiennement je ne cours aucun risque, et de toute façon quel choix ai-je»[5]? Ce climat de fausse confiance réserve parfois de fâcheuses surprises à l'adhérent, lorsque le stipulant, par exemple lors d'une inexécution de ses obligations, lui apprend qu'il y a dans le contrat une clause de non-responsabilité. Comment l'adhérent peut-il s'en plaindre lorsqu'il a formellement accepté et signé le contrat[6]?

Cette modification de la typologie du contrat a amené le législateur à adopter des lois protectrices, qui reconnaissent certaines mesures de justice contractuelle. La lésion est alors la notion qui prend le plus d'importance. La lésion entre majeurs est maintenant reconnue dans les contrats de consommation[7]. Par contre elle[8] n'est pas entièrement efficace pour contrer l'effet de certaines clauses qui, quoique néfastes à l'adhérent ne rendent pas pour autant le contrat lésionnaire. De plus, comme nous le verrons[9], les autres notions du droit des obligations, telles la bonne foi, l'ordre public, l'erreur ou le dol, n'ont pu sanctionner que certaines clauses exorbitantes du droit commun. C'est alors que la notion de clause abusive est apparue.

Cette notion a connu un essor considérable et plusieurs législations à travers le monde en traitent[10]. Cependant le droit québécois, jusqu'à tout récemment, ne la reconnaissait pas en tant que principe global. Le *Code civil du Québec* corrige cette lacune en prévoyant qu'une clause abusive comprise dans un contrat d'adhésion ou de consommation est nulle. Cette règle aura certainement un impact non négligeable qui se fera sentir rapidement[11].

Il nous est donc apparu important d'étudier les différentes règles qui tentent de régir les clauses abusives, et dont disposait le législateur afin de mieux cerner ses choix. Pour ce faire nous examinerons les différentes solutions imaginées par la législation et la doctrine étrangères ainsi que par certaines lois québécoises “ qui ne réfèrent pas expressément à la notion de clause abusive mais qui comportent tout de même certaines règles pertinentes “ afin d'identifier les différents moyens qui étaient à la disposition du législateur québécois. Par la suite, nous examinerons les moyens adoptés par le législateur au sein du *Code civil du Québec*, tant pour les contrats d'adhésion et de consommation que pour les contrats de gré à gré[12]. Cette méthode nous permettra ainsi de mettre en relief les forces et les faiblesses du système québécois.

## I. LES MÉTHODES À LA DISPOSITION DU LÉGISLATEUR

### A. Les exemples tirés de la législation et de la doctrine étrangères

Il n'est pas de notre propos de faire une étude exhaustive du droit étranger en la matière, mais plutôt de présenter, de façon concise, certaines des législations et les notions les plus répandues visant à sanctionner les clauses abusives[13]. Nous classerons ces diverses solutions en deux catégories: les solutions curatives et les solutions préventives.

#### 1. Les solutions curatives

Mieux vaut prévenir les clauses abusives que les sanctionner. Cependant, les solutions préventives, toutes efficaces soient-elles, ne peuvent enrayer entièrement celles-ci. C'est pourquoi certaines solutions curatives doivent, malgré tout, être prévues.

Comment le législateur peut-il corriger un contrat contenant une clause abusive? Deux méthodes peuvent être ainsi considérées: la première requiert l'intervention du pouvoir administratif, la seconde, celle du législateur et des juges.

##### a) *Le pouvoir administratif: l'exemple de la France*

Il existe en France plusieurs lois sur la protection des consommateurs[14]. Celle qui retiendra notre attention implante un système de protection contre les clauses abusives: c'est la loi no 78-23[15].

Cette loi, dès son adoption, a été vivement critiquée. On lui a entre autre reproché de ne pas aller assez loin et de ne pas répondre aux demandes des groupes de consommateurs. Malgré ces critiques, elle demeure importante et instaure un système administratif qui mérite d'être étudié. Nous en examinerons, dans un premier temps, le champs d'application *ratione personae* pour ensuite discuter du système qu'elle implante[16].

##### i) Le champ d'application

L'article 35 de la loi interdit au professionnel d'inclure des clauses abusives dans les contrats passés avec des non-professionnels ou des consommateurs[17]. L'interprétation de cette disposition pose le problème suivant: le professionnel achetant un bien pour son commerce est-il protégé par la loi? Deux thèses s'affrontent.

La première est la plus répandue. Elle est restrictive et rejoint l'actuel article 2 de la *Loi sur la protection du consommateur* québécoise ainsi que la définition du contrat de consommation de l'article 1384 C.c.Q. Cette interprétation suppose qu'un professionnel, acquéreur d'un bien pour son commerce, ne peut jamais être protégé par la loi et ce, même s'il est aussi ignorant sur le sujet que n'importe quel autre consommateur. Cette théorie est considérée, par une certaine doctrine[18], comme regrettable car trop restreinte mais représentant pourtant le sens que le législateur voulait donner à ces termes. La jurisprudence, a également été d'avis, dans un premier temps, qu'elle représentait l'intention du législateur[19].

La seconde thèse est plus large. Elle se rapproche de la définition de consommateur qu'avait majoritairement retenue la Cour d'appel du Québec, sous la *Loi de protection du consommateur* de 1971, dans l'arrêt *Roy caisses enregistreuses Ltée c. Majianesi*[20]. Selon cette théorie, un professionnel acquéreur pour son commerce d'un bien étranger à sa compétence est protégé. Ainsi, la Cour de cassation a jugé qu'un agent immobilier qui achète, pour son établissement professionnel, un système d'alarme, doit recevoir la protection de la loi puisque ce n'est pas là sa spécialité et qu'il «[est] dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur»[21]. Cette Cour a aussi décidé, en 1989, qu'un photographe professionnel faisant développer ses clichés chez la société Kodak doit être considéré comme un non-professionnel et bénéficie de la protection de la loi[22]. Les décisions récentes semblent donc élargir la définition de non-professionnel.

## ii) Les mécanismes

L'article 35 de la loi détermine également les conditions nécessaires pour qu'une clause soit déclarée abusive: 1) elle doit être comprise dans la liste limitative de clauses prévue à cet article; 2) elle doit être imposée par le professionnel par un abus de puissance économique et conférer, à ce premier un avantage excessif ; 3) elle doit être interdite, limitée ou réglementée par un décret du Conseil d'État[23].

La notion de contrat d'adhésion est absente de la loi. Selon le professeur Ghestin[24], le législateur a ainsi voulu échapper au difficile exercice de définir cette notion et faciliter la tâche du consommateur. Par conséquent, la loi s'applique à tous les contrats de consommation, portant tant sur des biens meubles, immeubles que sur des services peu importe que ces contrats soient d'adhésion ou non.

De plus, la loi contient une liste des clauses susceptibles d'être déclarées abusives[25]. Cette énumération est limitative[26]. Le Conseil d'État, le 3 décembre 1980, l'a confirmé en annulant l'article 1 du décret no 78-464 du 24 mars 1978 qui édictait que toutes clauses par référence, c'est-à-dire une clause qui ne se retrouve pas sur le contrat, étaient abusives. Le Conseil d'État motive ainsi sa décision:

*le gouvernement a interdit une clause dont l'objet peut porter sur des éléments contractuels*

*autres que ceux limitativement énumérés dans cet alinéa, qui ne relève pas dans tous les cas un abus de puissance économique et qui ne confère pas nécessairement un avantage excessif aux professionnels.* [27]

Une autre question s'est posée quant au fonctionnement de la loi: le décret du Conseil d'État est-il une condition *sine qua non* à la décision du tribunal d'annuler une clause en la qualifiant d'abusives, ou les juges conservent-ils le pouvoir de déclarer abusives des clauses non prévues par décret [28]?

Ce problème fait couler beaucoup d'encre en France. Certains sont d'avis que seules les clauses prévues par décret peuvent être annulées par les tribunaux tandis que d'autres estiment que, malgré l'absence de décret, un juge pourrait déclarer une clause abusive [29].

La jurisprudence, quant à elle, semblait d'abord préférer la première thèse. La Cour de Paris, en 1986 [30], rendait en effet un jugement en ce sens, et refusait d'appliquer la loi de 1978, parce qu'aucun décret gouvernemental n'interdisait la clause en litige [31]. La question paraissait donc tranchée compte tenu des termes clairs et non équivoques de la Cour: «L'article 35 de cette loi réserve désormais au seul pouvoir réglementaire l'appréciation du caractère abusif de telles clauses et la détermination des contrats dans lesquels leur insertion est prohibée ou réglementée» [32].

Cependant, la Cour de cassation a, en 1987, rendu un arrêt prônant le sens contraire [33] et a invalidé une clause stipulant que les délais de livraison prévus au contrat de vente de meubles n'avaient qu'un simple caractère indicatif. Or, aucun décret gouvernemental ne permettait d'annuler une telle clause. Avec cette décision de la Cour de cassation, semble s'être amorcée une tendance qui, dorénavant, donnera le pouvoir aux tribunaux de qualifier une clause abusive sans qu'un décret ne le prévoit [34].

D'autres arrêts de tribunaux supérieurs [35] ont fixé la jurisprudence en ce sens. La Cour de cassation semble avoir finalement tranché le débat le 14 mai 1991 [36]: elle a alors déclaré abusive une clause d'exclusion de responsabilité contenue dans un contrat de louage d'ouvrages [37]. Le plus significatif est que la Cour n'utilise, dans ses motifs, aucune notion de droit commun telle que la bonne foi pour arriver à cette conclusion [38]. Son jugement se fonde entièrement sur la loi du 10 janvier 1978. Cet arrêt fut reçu avec satisfaction par les auteurs français [39] qui sont d'avis qu'il règle la question: le juge peut désormais intervenir sans nécessité d'un décret, en ne se basant que sur les critères de l'article 35 [40].

Ce changement jurisprudentiel était vivement souhaité puisque le système de décrets instauré par la loi en 1978, n'aura pas eu le succès escompté; le Conseil d'État n'ayant adopté qu'un seul décret [41]. La crainte de certains, à l'effet que le pouvoir administratif stérilise la lutte contre les clauses abusives, était fondée et la réimplication du pouvoir judiciaire devenait alors nécessaire.

## b) *Les pouvoirs judiciaire et législatif*

La question que nous abordons maintenant est délicate. Comment le législatif doit-il partager son pouvoir de contrôle avec le judiciaire? Doit-il le déléguer, par le biais d'une définition vague de la

notion de clause abusive (méthode «purement» judiciaire)[\[42\]](#) ou au contraire, doit-il le garder entièrement, en dressant une liste limitative des clauses réputées abusives (méthode «purement» législative) ou enfin doit-il faire un compromis entre les deux (méthode mixte)?

La première de ces méthodes se rattache au cas par cas. Le législateur édicte alors une règle large, définissant le concept général de clause abusive et laisse aux tribunaux le soin de décider, en pratique, ce qu'il signifie. Certes, quelques balises ou critères sont fixés, tels la clause qui «désavantage de façon excessive le cocontractant» ou encore celle qui va à l'encontre de la bonne foi[\[43\]](#); mais il demeure que la tâche de circonscrire précisément la notion est celle du juge.

Cette méthode permet de lutter contre toutes les clauses possibles et a suffisamment de souplesse pour s'adapter à toutes les situations. Par contre, ce système conduit inévitablement au «parlement des juges», à un niveau de discrétion judiciaire inquiétant et dangereux pour la sécurité contractuelle et la prévisibilité de la loi. Tant les consommateurs que les commerçants n'ont pas avantage à faire face à une règle si souple, si large et si imprévisible. Un auteur français résume ainsi ce problème:

*L'incertitude paralyse en effet l'application de la loi. Les consommateurs seront, pour la plupart, dans l'incapacité de connaître et donc de savoir si telle clause est ou non abusive. Ceux qui voudront contester la validité d'une clause seront contraints d'agir en justice. Ils ne le feront presque jamais, dissuadés par les frais et la lenteur de la procédure, comparés à l'incertitude du résultat. Les clauses seront donc, dans la majorité de ces cas, appliquées comme si elles étaient valables[\[44\]](#).*

La deuxième méthode, opposée à la précédente, est celle où seul le pouvoir législatif détermine le caractère abusif d'une clause. C'est la méthode «purement» législative.

Le législateur dresse alors une liste exhaustive des clauses abusives. Le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation et s'en tient purement et simplement à la liste que lui fournit la législation[\[45\]](#). Quoique le problème de prévisibilité que nous observions précédemment soit réglé, d'autres carences majeures nous incitent à rejeter cette solution.

En effet, il est utopique de croire que le législateur puisse imaginer toutes les clauses potentiellement abusives. Il y a tant de types de contrats et surtout tant de clauses qui peuvent devenir abusives que le législateur ne pourra que partiellement les énumérer. De plus, la rigidité d'une telle méthode fixe exagérément le droit et fait abstraction du caractère subjectif de la notion de clause abusive: le libellé de la clause n'est pas le seul aspect à examiner, ainsi nous verrons qu'il faut observer le contrat en entier pour arriver à qualifier une clause d'abusives[\[46\]](#). Enfin, en voulant prévoir toutes les possibilités et en restreignant le caractère abusif aux clauses énumérées, le législateur donne aux professionnels[\[47\]](#), qui dans ce domaine font montre d'une imagination exemplaire, l'opportunité de contourner la règle.

La solution curative idéale est mixte. Cette troisième méthode est déjà appliquée entre autre en Allemagne[\[48\]](#), au Luxembourg[\[49\]](#) et au Portugal[\[50\]](#). Elle est aussi préconisée par plusieurs auteurs[\[51\]](#). Elle consiste d'abord en une règle générale définissant, en théorie, ce qu'est une clause abusive. Cette définition est complétée par deux listes: une première contenant des clauses qui seront inévitablement réputées non écrites, c'est ce que les auteurs appellent la «liste noire», et

une seconde qui comprend des clauses simplement «présumées» abusives. Le commerçant pourra ainsi demander que la clause soit validée, en prouvant qu'elle ne remplit pas les critères de la définition. Cette seconde liste est appelée la «liste grise»[\[52\]](#).

Ce compromis, qui récolte la faveur des auteurs, ainsi que celle de la Commission française de refonte du droit de la consommation et de la communauté européenne, semble être la plus efficace. Il rétablit la prévisibilité de la solution législative, tout en laissant au juge une discrétion inévitable et souhaitable. Cette méthode l'encadre en lui donnant plusieurs balises par l'énumération d'une longue liste de clauses qui sont soit automatiquement soit supposément abusives.

## 2. Les solutions préventives

Deux méthodes préventives peuvent être proposées: la création d'une commission administrative et l'imposition d'un formalisme contractuel.

### a) *La création d'une commission administrative*

#### i) Le modèle français

La France, dans sa loi no 78-23, a créé une commission administrative qui a pour mission de contrôler les clauses abusives[\[53\]](#). Elle n'a qu'un rôle de conseil et, par conséquent, n'a aucun pouvoir réglementaire ou décisionnel. Trois rôles lui sont conférés:

- 1) Elle doit donner son avis au Conseil d'État à propos des projets de décrets[\[54\]](#).
- 2) Elle doit rechercher, dans les contrats types les clauses abusives. Elle émet alors des recommandations afin de les supprimer. Elle peut aussi donner son avis sur les projets de contrats que les professionnels lui soumettent[\[55\]](#).

Ce pouvoir n'est que dissuasif, seuls les décrets du Conseil d'État étant impératifs et susceptibles de sanction judiciaire. Les recommandations de la commission n'ont donc qu'un poids moral. Cependant le professeur Ghestin remarque que «[d]ans la pratique [...] les organisations professionnelles se sont assez souvent engagées à inciter leurs adhérents à respecter les recommandations de la Commission»[\[56\]](#). De plus, les tribunaux se fient à ces recommandations pour sanctionner, par le recours du droit commun ou même de la loi elle-même, une clause abusive sans qu'elle soit visée par un décret.

- 3) Enfin, elle doit faire un rapport annuel, qui est rendu public, dans lequel elle recommande certains changements législatifs et réglementaires qu'elle considère souhaitables (article 38)[\[57\]](#).

Pour exercer son rôle, la commission peut soit être saisie par le ministre de la Consommation, soit

par les groupes agréés de défense des consommateurs, soit par les professionnels intéressés ou soit, enfin, par elle-même[58]. Le pouvoir qu'a la commission de se saisir elle-même est non négligeable, particulièrement en regard du pouvoir de recommandation au niveau des contrats types.

Somme toute, cette commission est un instrument valable, malgré le fait qu'elle n'ait aucun pouvoir décisionnel et que ses recommandations ne soient pas obligatoires. En effet elle joue un rôle préventif important dans la mesure où ses recommandations sont publicisées. Ses recommandations ont un effet dissuasif significatif spécialement si les tribunaux s'en servent pour motiver leurs interventions.

## *ii) Autres modèles proposés*

Un autre modèle de commission administrative a été imaginé par un auteur anglais du nom de Sales[59]. Cette commission serait formée de juristes et de représentants des commerçants et des consommateurs. Son mandat serait d'élaborer des contrats types concernant les différentes transactions qui sont régies généralement par des contrats d'adhésion[60]. Ces contrats types seraient insérés dans des lois ou des règlements et auraient force obligatoire.

Les avantages de ce type de commission sont: l'équité dans les contrats (disparition des clauses abusives); l'uniformité des dispositions entre les contrats et l'accessibilité des documents de la commission. À première vue, les avantages sont importants, mais une étude des désavantages nous fait douter du caractère fonctionnel et réalisable de ce modèle. En effet, deux des inconvénients soulevés par l'auteur, attirent notre attention. Premièrement, la différenciation entre le contenu des divers contrats et leur caractère souvent technique rend difficilement prévisible toutes les formes de contrats. En outre, les membres qui formeraient la commission pourraient ne pas avoir les connaissances suffisantes pour rédiger des contrats dans tous les domaines. Il faudrait alors une véritable armée de fonctionnaires pour appliquer un tel programme, ce qui le rendrait coûteux et lourd[61]. Enfin, il n'est pas évident que ce formalisme contraignant, véritable dirigisme contractuel, soit souhaitable évacuant ainsi entièrement la liberté de contracter.

Un modèle alternatif présenté par le professeur Bricks est celui de «la négociation collective des contrats de consommation»[62]; c'est-à-dire l'utilisation imposée d'un contrat-type pré-négocié par des groupes représentant les parties au contrat.

Cette proposition s'inspire de la législation du droit du travail. Il n'y aurait alors pas seulement une commission centralisée, mais bien plusieurs regroupements de consommateurs et de commerçants[63]. Chaque groupe aurait la responsabilité de négocier un contrat-type de consommation dans son domaine respectif. Ce contrat, une fois négocié, deviendrait obligatoire pour tout ce secteur commercial par l'effet de la loi. L'objet de la négociation serait cependant l'imposition d'un contenu minimal ainsi que l'interdiction de certaines dispositions et non pas le contrat en entier[64].

Ce système n'est pas sans intérêt puisqu'il fait disparaître certaines lacunes de la proposition de Sales tout en conservant les avantages: la liberté contractuelle est protégée puisque le contenu du contrat s'impose suite à sa négociation entre les parties et non suite à une décision gouvernementale[65]; la justice contractuelle est préservée, les forces en présence étant rééquilibrées; enfin, les contrats sont uniformisés ce qui assure leur prévisibilité accrue et réduit, à moyen terme, le nombre de litiges sur leur interprétation.

## b) *Le formalisme*

Le formalisme est de plus en plus présent au sein des législations portant sur les contrats. Les lois en matière d'assurance et de consommation en contiennent des exemples convaincants[66].

En droit français, par exemple, un décret[67] adopté en vertu de la loi de 1978, prévoit des règles de présentation matérielle pour les contrats énumérés dans la liste de l'arrêté ministériel. Ceux-ci doivent alors être rédigés selon le modèle prévu à l'annexe du décret.

Par ailleurs la commission des clauses abusives, interprétant son rôle de façon libérale, a fait des recommandations sur la présentation matérielle des contrats[68]. Une recommandation publiée par la commission, le 4 septembre 1985, concernant le contenu des contrats d'achat d'automobile comprend entre autres l'exigence «d'une présentation facilement lisible et compréhensible, pour le consommateur»[69].

Il semble donc évident que les législateurs tant français que québécois utilisent, dans les secteurs où les contrats d'adhésion sont fréquents, le formalisme comme solution au déséquilibre économique et technique des parties[70].

Le retour en force du formalisme est souhaitable et peut constituer une bonne arme contre les clauses abusives. Cependant, il comporte ses failles, car il ne peut empêcher les clauses insérées subrepticement, le stipulant demeurant le seul rédacteur du contrat. C'est là que la «négociation collective cadre» devient complémentaire puisque, si les formalités s'attachent au processus contractuel (exigence d'un écrit, grosseur des caractères, couleur d'encre, etc.), la négociation cadre s'attache au contenu.

## **B. Les exemples tirés de la législation québécoise**

Outre les nouvelles règles prévues au *Code civil du Québec*, le Québec possède déjà certains instruments, en matière de contrats entre parties d'inégale force, qui combattent les clauses abusives. Nous verrons deux de ces lois: celle concernant la protection des consommateurs et celle concernant les assurances.

### 1. La législation en matière de protection des consommateurs[71]

Le législateur a adopté sa première loi sur la protection des consommateurs en 1971[72]. Celle-ci ne visait alors que les contrats de crédit et les contrats conclus avec des vendeurs itinérants. En 1978[73], son champ d'application a été étendu à «tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours de son commerce et ayant pour objet un bien [mobilier] ou un service»[74].

## a) *Les dispositions diverses concernant les clauses abusives*

Ces dispositions[75] sont de quatre types: celles qui interdisent certaines clauses spécifiques[76]; celles qui concernent l'interprétation du contrat[77]; celles qui imposent le formalisme[78] et celles qui portent sur l'information du consommateur[79].

### i) L'interdiction de certaines clauses spécifiques

Les articles 10, 11 et 13 de la loi énumèrent certaines stipulations désormais interdites dans les contrats de consommation. Ce sont les clauses de non-responsabilité, les clauses «arbitraires», les clauses pénales et les clauses prévoyant l'application d'une loi étrangère.

L'interdiction de la clause exonératoire de responsabilité[80], que l'on retrouve dans la grande majorité des contrats de consommation, vient appuyer l'effort des tribunaux[81]. Malgré le fait que les principes élaborés par la jurisprudence ont pour conséquence d'annuler un grand nombre de ces clauses, l'intervention législative est appréciable, car elle est sans équivoque. Elle clarifie donc la situation et simplifie les recours des consommateurs[82].

L'article 11 de la loi interdit l'utilisation de clauses «arbitraires», c'est-à-dire celles qui laissent au commerçant le soin de décider si «le consommateur a manqué à l'une ou l'autre de ses obligations» ou «s'il s'est produit un fait ou une situation». Aux termes de cet article, toutes les circonstances amenant le défaut du consommateur ou l'existence d'une situation ou d'un fait doivent être énoncés clairement[83]. Le champ d'application de cette disposition est très restreint; seules les clauses arbitraires concernant les sujets énumérés à l'article 11 sont interdites. Or, il existe d'autres situations de clauses arbitraires et abusives comme, par exemple, cette clause qui apparaît dans un contrat de service financier: «[l]a banque se réserve le droit de modifier les conditions, les services et les frais après m'avoir (l'adhérent) fait parvenir un préavis raisonnable à cet égard». Cette clause n'étant pas incluse dans l'énumération de l'article 11 ne pourrait pas être annulée en vertu de la loi[84].

L'article 13 de la loi interdit les clauses pénales. Cette disposition n'atténue évidemment pas le pouvoir du tribunal d'imposer des dommages-intérêts en cas d'inexécution fautive de la part du consommateur[85].

Enfin, l'article 19 prohibe la stipulation qui a pour objet de soumettre le contrat à une autre loi qu'une loi canadienne ou québécoise[86].

### ii) L'interprétation du contrat

Cette deuxième catégorie de dispositions concerne l'interprétation des contrats. L'article 17 de la loi prévoit que tout contrat doit être interprété en faveur du consommateur, qu'il soit créancier ou débiteur de l'obligation[87]. L'article 18 prévoit, quant à lui, que si un commerçant insère une mention exigée dans la loi pour un contrat d'un autre type, cette clause s'appliquera pour le contrat en question. Cette disposition vise à empêcher au commerçant d'inscrire des clauses non pertinentes au contrat conclu, afin de faire miroiter au consommateur des droits qu'il n'a pas[88].

### iii) Le formalisme des contrats

Un autre groupe de dispositions concerne le formalisme précontractuel. Elles sont prévues au Chapitre II de la loi et ne s'appliquent qu'aux contrats qui y sont spécifiquement énumérés[89].

Ainsi, l'article 26 dispose que le contrat doit être écrit en français, sauf s'il est de la volonté expresse des parties de le rédiger dans une autre langue. Les articles 27 et 28 réglementent la signature du contrat. L'article 25 prévoit que «le contrat doit être clairement et lisiblement rédigé au moins en double». Le consommateur doit donc recevoir une copie claire et lisible du contrat: le terme «lisible» réfère à la présentation matérielle du contrat[90] alors que le terme «claire» réfère à sa formulation[91].

Ces règles sur la forme trouvent leur sanction à l'article 271 de la *Loi sur la protection du consommateur* qui prévoit la possibilité pour le consommateur de demander la nullité[92] du contrat. La nullité est la seule sanction prévue à l'article 271[93].

### iv) L'information du consommateur

Enfin des dispositions imposent au commerçant le devoir d'insérer des mentions obligatoires dans certains contrats[94]. Le manquement à ces obligations est sanctionné par la nullité du contrat[95]. De plus, l'article 12 prévoit qu'aucun frais ne peut être réclamé à un consommateur si le montant n'est pas indiqué précisément dans le contrat. Enfin, le Titre II[96] de la loi porte sur les pratiques interdites de commerce et on y retrouve un grand nombre de dispositions régissant la publicité et l'information sur les produits et services soumis à la loi.

## b) La lésion

En 1866, les codificateurs avaient écarté la lésion entre majeurs de façon absolue, en édictant l'article 1012 C.c.B.C.[97]. En 1866, ce choix s'expliquait par l'importance de la philosophie de l'autonomie de la volonté et par l'inexistence du contrat d'adhésion. La liberté contractuelle ayant, petit à petit, fait place aux contrats standardisés et à la domination d'un groupe de personnes sur d'autres, le législateur québécois a, avec le temps, introduit la notion de lésion dans le droit positif.

En effet, en 1939, il adopte l'article 1056 b)[98] qui permet à une personne qui a signé, dans les 15 jours d'un accident, une convention concernant l'indemnisation pour dommages corporels d'invoquer la lésion. En 1964, c'est l'ajout de l'article 1040 c)[99] qui incorpore la lésion dans un contrat de prêt d'argent en cas de taux d'intérêt «excessif». En 1971 et en 1978 la *Loi sur la protection du consommateur* reconnaît aussi la lésion entre majeurs[100].

Traditionnellement, la doctrine définit la lésion de deux façons[101] en lui donnant soit un sens objectif soit un sens subjectif[102].

Dans son sens objectif, la lésion est «le préjudice résultant d'une erreur économique, présumée et non voulue, sur la valeur de la prestation promise»[103]. C'est d'ailleurs la proximité des notions

de lésion et d'erreur économique qui a inquiété les tribunaux, lesquels ont toujours refusé de sanctionner cette dernière.

Le sens subjectif est plus large. «On s'intéresse ici non pas à la conséquence de la lésion, à savoir la disproportion, mais plutôt à ce que l'on considère en être la cause, c'est-à-dire un vice présumé de consentement ou l'exploitation de la crédulité d'une partie par une autre»[\[104\]](#). On prend alors en considération les parties au contrat, la façon dont celui-ci a été conclu, etc.[\[105\]](#). Selon la Cour d'appel[\[106\]](#), ces deux visions se retrouvent à l'article 8 L.P.C. Cependant cette disposition ne peut constituer un outil efficace pour contrer les clauses abusives puisque celles-ci ne sont qu'accessoires[\[107\]](#) au contrat. Leur seule présence ne crée alors pas une disproportion suffisante pour équivaloir à de l'exploitation ou encore pour recevoir la qualification d'obligation «excessive, abusive ou exorbitante»[\[108\]](#).

La *Loi sur la protection du consommateur* apporte donc une aide curative et préventive au problème des clauses abusives. Elle est préventive dans ses dispositions sur l'information et le formalisme; et elle est curative dans ses dispositions sur l'interprétation des contrats et celles concernant l'interdiction de certaines stipulations. Quant à la lésion nous venons de voir qu'elle ne peut réellement être utile.

La loi a cependant une efficacité limitée. D'une part, elle ne s'applique qu'au «contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service»[\[109\]](#). En sont donc exclus les contrats d'adhésion entre deux commerçants, même si l'un d'eux acquiert un bien dans un domaine qu'il ne connaît pas plus qu'un consommateur[\[110\]](#). D'autre part, les dispositions concernant le formalisme et l'information ne s'appliquent qu'à certains contrats[\[111\]](#), ce qui restreint encore plus l'application et l'efficacité de la loi[\[112\]](#). Enfin elle ne contient pas de règle générale pouvant sanctionner les clauses abusives.

## 2. La législation en matière d'assurances

Le contrat d'assurance est souvent qualifié de contrat d'adhésion[\[113\]](#) et sera ainsi généralement reconnu au sens du *Code civil du Québec*[\[114\]](#): l'assureur présente un contrat déjà rédigé au preneur, sans qu'il n'y ait de véritable négociation. Mais il arrive que le contrat d'assurance ne soit ni un contrat d'adhésion, ni un contrat de consommation[\[115\]](#). L'importance particulière de ce type de contrat ainsi que ses règles spécifiques méritent donc que l'on s'y arrête[\[116\]](#).

Le droit des assurances a connu, en 1974, une modification en profondeur qui a rééquilibré les forces entre les parties[\[117\]](#). Le législateur a alors prévu certaines règles qui obligent l'assureur à bien informer l'assuré sur le contenu du contrat.

Ainsi, l'article 2400 C.c.Q. impose à l'assureur l'obligation de remettre au preneur l'original de la police d'assurance et une copie de toute proposition (offre) faite par écrit. Le second alinéa de ce même article prévoit qu'en cas de divergence entre la police “ qui est la constatation écrite du contrat “ et la proposition, cette dernière fera «foi du contrat» à moins que l'assureur n'ait indiqué ces divergences au preneur par écrit dans un document distinct[\[118\]](#). L'assureur ne peut pas non plus se prévaloir d'une clause qui n'apparaît pas sur la police[\[119\]](#). La clause externe est donc interdite[\[120\]](#).

Quoiqu'il n'y ait pas, en principe, de solennité imposée par la loi au contrat d'assurance[\[121\]](#), la

forme de celui-ci est néanmoins contrôlée. Ainsi, en assurance-maladie ou accident, le législateur édicte des normes de présentation du contrat dans le *Règlement d'application de la Loi sur les assurances*<sup>[122]</sup> qui concernent, entre autres la typographie du contrat. Par ailleurs, le législateur impose un contenu précis et minimum à la police. L'article 2399 C.c.Q. prévoit qu'elle doit contenir certaines informations particulières minimales telles que la nature du risque, l'objet et le montant de la garantie. De plus d'autres articles<sup>[123]</sup> énoncent certaines informations supplémentaires que doivent contenir les différents types de contrats d'assurance.

Enfin certaines stipulations sont interdites. Ainsi, il n'est pas possible de prévoir une clause générale d'exclusion «en cas de violation de la loi à moins que cette violation ne constitue un acte criminel»<sup>[124]</sup>; pas plus qu'il n'est permis de consentir une cession de créance donnant à l'assureur plus de droits que la subrogation légale<sup>[125]</sup>. En assurance-vie, la clause d'exclusion pour cause de suicide est limitée aux deux premières années d'assurance ininterrompue<sup>[126]</sup>.

Il y a donc deux façons d'agir à l'encontre du phénomène des clauses abusives: les prévenir ou les sanctionner. Il y a maintenant lieu d'étudier le système implanté par le législateur dans le *Code civil du Québec*.

## II. LES MÉTHODES RETENUES PAR LE LÉGISLATEUR

### A. Les contrats d'adhésion et de consommation

#### 1. Définition des concepts

##### a) *Le contrat d'adhésion*

C'est au début du siècle qu'on a commencé à discuter du contrat d'adhésion<sup>[127]</sup>. Selon certains auteurs de l'époque, ces contrats n'en sont pas réellement car il n'y a pas d'entente entre les parties, mais plutôt l'imposition de la volonté unilatérale du stipulant. Il s'agit alors d'un «acte unilatéral de nature réglementaire» devant être interprété comme une loi, c'est-à-dire en cherchant l'intention du rédacteur<sup>[128]</sup>.

D'autres auteurs défendaient toutefois la nature contractuelle du contrat d'adhésion, seconde thèse qui n'est maintenant plus mise en doute<sup>[129]</sup> et qui est reprise par le *Code civil du Québec*<sup>[130]</sup>. La nature juridique du contrat d'adhésion n'est pas modifiée par l'absence de négociation, qui n'est de toute façon pas un élément du contrat de gré à gré. De plus, l'adhérent conserve toujours sa liberté de contracter ou pas<sup>[131]</sup>.

Le contrat d'adhésion a été reconnu par les tribunaux québécois<sup>[132]</sup>, particulièrement en droit des assurances, mais il a fallu attendre jusqu'à maintenant pour voir ce concept accepté par le législateur québécois, et ce, non sans hésitations.

En effet, le concept de contrat d'adhésion n'avait pas été retenu par l'Office de révision du code civil (O.R.C.C.)<sup>[133]</sup>. En 1987 un Avant-projet de loi concernant le droit des obligations fut présenté par le ministre de la Justice. À l'article 1423 de ce document on retrouve, pour la première fois, la distinction entre les contrats de gré à gré et d'adhésion<sup>[134]</sup>. Puis, en 1990, le projet de loi 125 reprend cette classification en la modifiant sensiblement<sup>[135]</sup>. C'est cette dernière version qui se retrouve dans le texte définitif du *Code civil du Québec*<sup>[136]</sup>.

Cette hésitation législative est compréhensible car il est difficile de définir précisément la notion de contrat d'adhésion. D'ailleurs à notre connaissance, le *Code civil du Québec* est la première loi qui tente de le faire. Le législateur français dans sa loi concernant les clauses abusives, fait abstraction du contrat d'adhésion préférant référer à la notion de contrat de consommation[137].

Nous avons examiné les définitions de 40 auteurs[138] et nous y avons relevé plus de 13 caractéristiques du contrat d'adhésion, dont 4 qui reviennent souvent[139]:

- “ l'imposition du contrat;
- “ l'impossibilité de négociation;
- “ l'inégalité des forces tant techniques qu'économiques;
- “ la rédaction unilatérale du contrat.

Suite à cette recherche et au constat de la diversité des définitions qui en résulte, il apparaît que le concept de contrat d'adhésion est, pour ainsi dire, indéfinissable[140]. Il est même proposé qu'il existe, en plus des contrats de gré à gré et d'adhésion, des contrats hybrides[141] dont certaines clauses sont imposées et d'autres négociées. Il faudrait alors examiner le phénomène de l'adhésion non pas en rapport avec le contrat entier, mais bien avec les clauses qu'il contient[142]. Trois critères déterminent l'intensité de l'adhésion: 1) le degré d'alternative au contrat proposé; 2) le degré de connaissance réelle du contenu du contrat; 3) le temps de réflexion sur le contenu du contrat[143]. Cette analyse du contrat d'adhésion est séduisante et la définition du *Code civil du Québec*, même si elle ne répond pas à la notion de contrat hybride, reflète dans une certaine mesure cette thèse. Le Code réfère, en effet comme caractéristique du contrat d'adhésion, à l'imposition, non pas du contrat entier, mais des clauses essentielles[144].

La définition choisie par le législateur exclut la plupart des caractéristiques élaborées par les auteurs[145]. En fait, deux critères ont été retenus: l'imposition du contenu contractuel par l'une des parties, tempéré par la notion de stipulations essentielles et l'impossibilité de négocier.

#### i) Le contenu doit être imposé ou unilatéralement rédigé

Ce premier critère est rempli par l'un des trois éléments suivants: les stipulations essentielles ont été imposées par l'une des parties OU ont été rédigées par cette partie OU ont été rédigées par un tiers pour le compte de cette partie ou selon ses instructions.

La conjonction «ou» signale le caractère disjonctif de ces trois éléments: un seul suffit. Si la définition s'arrêtait ici, n'importe quel contrat rédigé unilatéralement par une partie ou pour son compte, sans toutefois qu'il ait été imposé, pourrait être d'adhésion. La distinction entre le contrat-type et le contrat d'adhésion[146] deviendrait dès lors caduque. Raisonner ainsi ferait bien sûr abstraction du critère d'impossibilité de négociation prévu à la fin de l'article.

En fait, pour rencontrer cette première condition, la partie qui désire faire déclarer un contrat, contrat d'adhésion, doit prouver qu'il n'a pas été, dans les faits, négocié (imposé par l'une des parties) ou encore, si la chose est plus facile, qu'il a été rédigé unilatéralement par l'une des parties ou pour elle[147]. Dans ce dernier cas, elle n'aura pas à prouver l'imposition du contenu, mais devra, dans un second temps, prouver que le contrat ne *pouvait* pas être négocié, ce qui signifie, *a fortiori* que dans les faits il ne l'a pas été.

## ii) Le critère de «stipulations essentielles»

La question de savoir ce qu'est une stipulation essentielle est loin d'être simple[148]. Cette expression ne réfère pas à un facteur quantitatif mais bien qualitatif. En effet l'expression «stipulations essentielles» ne doit pas être confondue avec «l'essentiel des stipulations». Cela signifie qu'une minorité de dispositions, voire même une seule, pourra être considérée essentielle[149].

Les dictionnaires opposent le terme «essentiel» à «accessoire» ou «secondaire»[150]. Le Larousse définit le terme «essentiel» comme ce qui est nécessaire, indispensable. Le Robert quant à lui réfère à ce qui est le plus important. Cependant ces définitions, appliquées à notre sujet nous semblent trop strictes. En effet, quelle clause est *indispensable* à un contrat de vente outre le prix et la description du bien? Dans le contrat d'assurance, outre la prime, le risque et l'indemnité, qu'est-ce qui est *nécessaire*? Une clause d'exclusion de risque n'est-elle pas essentielle pour l'assuré, lorsque réclamant son indemnité, l'assureur la lui opposera pour refuser de payer? À ce niveau un problème d'interprétation doit être soulevé. Il arrive souvent en pratique qu'il y ait certaines clauses essentielles qui sont «imposées» non pas par le «stipulant» mais bien par «l'adhérent». Ainsi en assurance c'est le preneur qui détermine le risque (automobile, feu, etc.); dans la vente c'est l'acheteur qui choisit l'objet. Cette réalité empêche-t-elle de faire de ces contrats des contrats d'adhésion? Une réponse négative doit évidemment être donnée sans quoi la notion de contrat d'adhésion serait vidée de son sens. La solution réside en la distinction entre «clause essentielle» et «détermination des besoins de l'adhérent». Ainsi le choix du risque en matière d'assurance, de l'objet en matière de vente, du logement en matière de bail ne feront pas de ces contrats des contrats de libre discussion dans la mesure où le reste des stipulations essentielles sont imposées par le stipulant puisqu'il ne s'agit ici que des besoins de l'adhérent auxquels le stipulant répond par un contrat non négociable.

L'expression «stipulations essentielles» suscite également d'autres difficultés. À quel moment de la relation contractuelle le caractère essentiel de la stipulation réfère-t-il; à la formation ou à l'exécution du contrat? Une clause de résiliation unilatérale n'est certainement pas essentielle lors de la conclusion du contrat mais peut le devenir lors de son exécution? De plus, pour qui la clause doit-elle être essentielle: pour les deux contractants, pour l'un d'eux, ou pour l'existence même du contrat? L'imposition des stipulations essentielles doit-elle être absolue? Ainsi, réduire le prix d'une automobile de quelques dollars fait-il en sorte qu'il y a eu négociation?

Il n'est pas simple de déterminer ce qu'est une stipulation essentielle. Souvent cette question ne posera pas de problème puisqu'il apparaîtra de façon évidente que les stipulations essentielles ont été ou non imposées. Mais la question demeure importante pour la détermination des critères du contrat d'adhésion.

## iii) L'impossibilité de libres discussions

Le principal enjeu se situera le plus souvent dans l'impossibilité de libres discussions. C'est le critère fondamental. C'est là que réside tout le pouvoir discrétionnaire judiciaire: le contrat pouvait-il objectivement être négocié? Aucun critère n'est prévu au Code pour guider les tribunaux. Ce sera donc à eux de les préciser afin de permettre aux parties contractantes de prévoir si le contrat pourra être traité comme un contrat d'adhésion.

Les forces en présence, la rapidité avec laquelle le contrat a été conclu, le degré d'alternative à celui-ci, l'existence ou non d'un monopole, etc. devront être ainsi examinés[151]. C'est là que la multitude des caractéristiques élaborées par la doctrine devrait prendre toute son importance. Ces critères indiquent que la preuve d'impossibilité de négociation devra se faire *in concreto*. En effet, pourquoi une personne, qui aurait pu négocier son contrat mais qui ne l'a pas fait, devrait-elle être protégée? À l'inverse, le fait qu'un contrat ait déjà été négocié ne pourra pas lui valoir la qualification de contrat de gré à gré, dans le cas où il est mis en preuve qu'en l'espèce *l'adhérent ne pouvait pas* le négocier. Par conséquent, un contrat pourra être considéré comme un contrat d'adhésion dans une situation et ne pas l'être dans une autre[152].

Le but de cette disposition étant de rééquilibrer les parties d'inégales forces et de protéger les plus faibles, l'évaluation *in concreto* est la seule qui soit effectivement logique. Si certains contrats seront *présumés* être des contrats d'adhésion (par exemple, les contrats d'assurance, de franchise, de transport), ils pourront quand même, dans certains cas, devenir des contrats de gré à gré (par exemple, le contrat d'assurance commercial à gros risque[153]).

En résumé, celui qui désire faire déclarer un contrat comme étant d'adhésion, devra démontrer: 1) que les stipulations essentielles ont été, dans les faits, imposées par une partie OU rédigées par elle ou pour son compte; ET 2) qu'elle ne *pouvait pas*, dans les circonstances le négocier librement. Des présomptions du caractère d'adhésion de certains types de contrats se dégageront. En tout état de cause, en cas de doute, le juge devra appliquer le principe et qualifier le contrat de gré à gré[154].

#### b) *Le contrat de consommation*

Le contrat de consommation est bien connu en droit québécois. Par contre, défini dans une loi particulière[155], il était ignoré du *Code civil du Bas Canada*. À l'instar du contrat d'adhésion, il fait maintenant l'objet d'une définition dans le *Code civil du Québec*[156].

Cette définition s'inspire de celle prévue à la *Loi sur la protection du consommateur*. La notion de consommateur réfère ainsi à «une personne physique [qui] acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques des biens ou des services [...]». Par conséquent, n'est pas consommateur au sens du Code civil un commerçant qui se procure un bien pour l'exploitation de son commerce, tel une caisse enregistreuse[157], et ce, même si son niveau de connaissance en la matière n'est pas plus élevé que celui d'un autre consommateur. Si la destination du bien est hybride, c'est-à-dire, qu'il sert tant à des fins d'exploitation d'une entreprise qu'à des fins personnelles, il faudra alors déterminer son utilisation principale[158].

La notion classique de commerçant qui reconnaît comme tel la personne faisant, en son propre nom, des actes de commerce d'une façon habituelle[159] “ ce qui exclut le professionnel, le cultivateur ou l'artisan[160] “ n'est pas reprise par le nouveau Code.

En effet, le *Code civil du Québec* a plutôt retenu la notion d'entrepreneur (ou exploitation d'une entreprise). Cette notion est définie comme: «l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial»[161]. Elle est donc plus large que celle de commercialité. Elle comprend en plus du commerçant «classique», le professionnel, l'artisan, le cultivateur ou toute personne physique ou morale effectuant une activité

économique sans nécessairement être à la recherche d'un profit[162]. Cette définition élargit donc le champ d'application du contrat de consommation à une nouvelle catégorie de personnes.

## 2. Le régime applicable

Deux groupes de dispositions doivent être distingués: celles concernant la forme du contrat (moyen préventif) et celles concernant le contenu de celui-ci (moyen curatif).

### a) *La forme du contrat*

En réglementant le support matériel des contrats d'adhésion et de consommation, le législateur impose au stipulant une obligation précontractuelle spécifique de renseignements[163] qui vise à assurer que l'adhérent ou le consommateur connaisse et consente véritablement à toutes les clauses contractuelles. Si dans un contrat de gré à gré la signature fait présumer l'acceptation, dans le cas d'un contrat d'adhésion ou de consommation il faudra la prouver[164]. Ce principe avait été établi par les tribunaux notamment dans le cas des clauses de non-responsabilité, et ce, tant pour celles qui ne figuraient pas sur le contrat que pour celles qui y figuraient[165].

### i) Les clauses externes

La validité des clauses externes est, en principe, reconnue par le *Code civil du Québec*[166]. Par contre, sont nulles les clauses externes qui ne sont pas connues de l'adhérent ou du consommateur et qui n'ont pas été, au moment de la formation du contrat, dénoncées par le stipulant. La partie en position de force a donc l'obligation légale d'informer son cocontractant des clauses qui ne sont pas incluses dans le contrat.

C'est en matière de clauses de non-responsabilité que les tribunaux ont, le plus fréquemment, utilisé la théorie de la «connaissance effective». Les tribunaux ont alors exigé du stipulant qu'il démontre que le contractant *avait connaissance, au moment du contrat, de l'existence de la clause*. Ainsi, sont réputées non écrites, lorsqu'il n'avait pas été prouvé que le contractant les avait acceptées, une clause reproduite sur une affiche[167], une clause extérieure à laquelle le contrat faisait référence[168], une clause remise postérieurement à la formation du contrat[169] et même, parfois, une clause reproduite dans le contrat[170]. Il semble que cette obligation de renseignement soit une obligation de résultat. Par contre, certaines autres décisions viennent mettre en doute cette conclusion. Ainsi, a été jugée valide, une clause apparaissant sur une affiche très évidente[171]. Aussi, une clause, quel que soit son support matériel, pourra être réputée connue, si le contractant contractait depuis plusieurs années sur la base du même contrat[172].

Dans la mesure où l'on ne consent pas à ce que l'on ignore, l'obligation prévue à l'article 1435 C.c.Q., en est tout de même une de résultat et doit, lorsque le cocontractant est individualisé, être jugé *in concreto*[173]. La preuve que le stipulant aura à remplir pour démontrer qu'il s'est déchargé de son obligation se fera par présomption de fait. Elle consistera à faire la preuve des moyens employés pour mettre au courant le cocontractant de la clause. Le juge devra alors vérifier, en examinant les moyens utilisés et le cocontractant concerné, si celui-ci connaissait la

clause ou non[174]. Trois types de clauses externes doivent être distingués: les clauses par référence, les clauses incluses dans une affiche et les clauses postérieures à la formation du contrat.

*“ Les clauses incluses par référence*

Ces clauses, fréquentes, sont celles qui ne paraissent pas dans le contrat mais auxquelles celui-ci renvoie. Par exemple, le renvoi à un contrat antérieur[175], ou encore à des normes internationales. La jurisprudence les a, dans certains cas, acceptées[176] et dans d'autres, refusées[177].

En France, est opposable, une clause contenue dans un document externe, à laquelle le contrat réfère de façon claire et lisible et dont copie est remise à l'adhérent ou lui est facilement accessible[178].

Nous sommes d'avis que cette solution devrait être celle retenue par les tribunaux. Un contrat référant à une clause externe devrait être opposable si ce document lui est remis ou s'il lui est facilement accessible[179].

*“ Les clauses incluses dans une affiche*

Les clauses de non-responsabilité sont souvent indiquées sur des affiches, par exemple dans les stations de ski ou les terrains de stationnement. Il n'y a alors, dans le contrat, aucune référence à cette affiche. Se manifeste donc ici, de façon particulièrement aigüe, le problème de l'acceptation de ces clauses.

Au Québec[180], comme en France[181], ces clauses, pour être efficaces, doivent être connues et acceptées par l'adhérent avant la formation du contrat ce qui rend difficile la preuve et donne lieu à une jurisprudence confuse. Ce principe est maintenant codifié à l'article 1475 C.c.Q.

Le stipulant se déchargera de son obligation de renseignement en mettant bien en vue l'affiche, de façon à ce qu'il soit impossible qu'elle passe inaperçue. Le problème principal consistera à prouver que l'adhérent a vu l'affiche *avant* la formation du contrat sans quoi son contenu ne pourra lui être opposé. À l'instar d'un auteur français, nous sommes donc d'avis que l'«on doit considérer comme des curiosités juridiques les écrits qui parviennent à obtenir la sanction de l'ordre positif»[182].

*“ Les clauses incluses postérieurement à la formation du contrat*

Ce type de clauses externes se manifeste particulièrement par la remise d'une facture ou encore d'un billet de stationnement dans lequel sont incluses certaines modalités au contrat, entres autres une clause de non-responsabilité. Ces clauses sont généralement refusées par les tribunaux, car elles n'ont pu être connues de l'adhérent au moment de la formation du contrat[183]. Cela pose le problème de la détermination du moment où l'obligation de renseignement doit être accomplie.

Une clause ajoutée postérieurement à la formation du contrat et dénoncée par le stipulant ne devrait pas être valide, la connaissance de la clause devant être appréciée «au moment de la formation»[\[184\]](#). La clause connue postérieurement à la conclusion du contrat constitue, en effet, une modification à l'entente initiale devant être acceptée par les deux parties[\[185\]](#). Faute de ce consentement, ces clauses seront réputées non écrites. Comment doit être exprimé ce consentement? L'absence de protestation du client peut-elle être assimilée à une acceptation implicite de sa part?

En France, il se dégage de la jurisprudence que le silence, même dans une telle situation, ne vaut pas consentement[\[186\]](#). Il faut un geste actif de la part du contractant pour que la clause prenne effet. Au Québec, une décision répond également par la négative, à cette question[\[187\]](#). C'est, selon nous, ce que vise l'article 1435 C.c.Q.

Le stipulant est relevé de l'obligation de renseignement qui lui est dévolue lorsqu'il prouve que le consommateur ou l'adhérent avait connaissance de la clause lors de la formation du contrat; c'est de la connaissance effective dont il s'agit. Cette preuve est difficile à faire et s'effectue la plupart du temps par présomption.

## ii) Les clauses illisibles et incompréhensibles

Le second article (article 1436 C.c.Q.) concernant la forme des contrats prévoit deux notions distinctes: les clauses illisibles et les clauses incompréhensibles. Nous les étudierons respectivement .

### *“ Les clauses illisibles*

Josserand disait des contrats d'adhésion qu'ils étaient un «magma typographique de lecture malaisée»[\[188\]](#). En effet, beaucoup de ces contrats ont une facture qui en décourage la lecture. La présentation du texte, la grosseur des caractères, la couleur de l'encre sont autant de facteurs qui rendent pratiquement le contenu du contrat «invisible». Il résulte de ce constat que les clauses ne sont pas connues de l'adhérent et que, par conséquent, celui-ci ne peut pas y avoir consenties.

La théorie de la connaissance effective s'est développée grâce à la jurisprudence et a permis de contrer ce phénomène. Dans un contrat d'adhésion, il faut prouver que l'adhérent a connu et consenti à toutes les clauses du contrat[\[189\]](#). Seront nulles, en plus des clauses externes[\[190\]](#), les clauses qui, quoique reproduites dans le contrat, sont difficilement visibles. Ainsi, ont été déclarées nulles les clauses reproduites au verso d'un document constatant le contrat ou reproduites sous la signature de l'adhérent[\[191\]](#).

C'est cette position jurisprudentielle que codifie l'article 1436 C.c.Q. Une clause jugée illisible sera nulle car elle sera réputée ne pas avoir été lue, et corrélativement ne pas avoir été librement consentie.

Le critère de lisibilité des clauses est déjà présent dans la *Loi sur la protection du consommateur*[\[192\]](#), mais aucune décision judiciaire n'est venu spécifier ce qu'il pouvait signifier. Il est donc impossible de prévoir comment sera interprétée cette notion dans le Code civil. Quelles

seront la grosseur minimale des caractères et la couleur d'encre exigée? La présentation des clauses dépendra-t-elle de leur nature? Tout autant de questions auxquelles les tribunaux devront répondre[193]. Chose certaine, les clauses jugées illisibles aujourd'hui, telles les clauses reproduites au verso du document contractuel, continueront d'être frappées de nullité dans la jurisprudence de demain[194].

Il n'est, de toute façon, pas évident que cette disposition législative jouera un rôle significatif. Les stipulants agiront promptement afin de rendre leurs contrats lisibles, ce qui sera de réussite aisée. La seconde partie de l'article 1436 C.c.Q., concernant les clauses incompréhensibles, aura quant à elle, un impact plus important. Elle retiendra donc plus longuement notre attention.

### “ *Les clauses incompréhensibles* ”

Le langage utilisé dans les contrats d'adhésion ne doit plus être une source de domination des stipulants sur les adhérents: telle est la volonté législative qui transparait du critère de compréhensibilité des clauses. Les résultats d'une étude ont proposé que le niveau de complexité d'une police d'assurance était comparable à celui de la théorie de la relativité d'Einstein[195]. Il est, par conséquent, utopique de parler de véritable consentement éclairé dans ce type de contrat.

L'article 1436 C.c.Q. tente de régler ce problème en sanctionnant, par la nullité, les clauses incompréhensibles. Il est facile, et logique, de prévoir qu'une clause non comprise sera nulle, car on ne consent pas à ce que l'on ne comprend pas[196]. Cependant, c'est dans la qualification du caractère d'incompréhensibilité que réside la difficulté. Doit-on l'évaluer *in concreto* ou *in abstracto*?

Le législateur a opté pour un critère *in abstracto*, celui de la personne raisonnable. La clef de cette disposition réside donc dans la définition et dans l'appréciation de ce critère objectif.

La personne raisonnable du *Code civil du Québec* est la réincarnation du bon père de famille du *Code civil du Bas Canada*. Il s'agit d'un personnage abstrait, car il ne fait pas référence au contractant lui-même. Cependant, la personne raisonnable, au sens de la doctrine[197] et de la jurisprudence[198], n'est pas n'importe qui choisi au hasard. Le juge devra catégoriser l'adhérent pour ensuite juger, eu égard aux faits en présence, son comportement. Ainsi, pour juger le comportement d'un avocat, la personne type sera un «avocat raisonnable» faisant face à la même situation. Ce résultat s'impose logiquement, car il serait irréaliste de prétendre pouvoir comparer tout genre de comportement avec une seule personne type. De plus, il est impossible d'assimiler le comportement d'un avocat à celui d'un comptable, d'un ouvrier ou d'un médecin. Un auteur français écrivait, au sujet de l'obligation des médecins (obligation de moyen): «[s]i le critère [objectif] ne supporte pas en principe d'être abaissé pour certains, il est au contraire élevé pour d'autre»[199]. Cette observation est transposable à notre sujet. Le tribunal ne peut juger incompréhensible une clause qui ne l'est pas, et ce, même en prétextant le manque manifeste d'intelligence de l'adhérent. Il peut toutefois faire l'inverse[200] et déclarer le texte compréhensible pour une «personne raisonnablement intelligente, diligente et compétente» appartenant à la même catégorie que le contractant, et ce, même si dans les faits ce dernier n'a pas compris la clause.

Le problème de l'appréciation de la personne raisonnable n'est pas pour autant résolu. Certes, nous savons déjà qu'il faut l'assimiler à une catégorie particulière de personnes. Encore faut-il

trouver celle-ci. Le tribunal doit en effet décider si le texte est compréhensible pour une personne raisonnable de ce groupe, dans ces circonstances. Il est presque impossible de prévoir quels seront les critères que retiendront les tribunaux pour y arriver. Il est peut-être même impossible d'analyser cette question d'une façon objective[201]. Il est alors inévitable que les tribunaux abordent cette question de façon pragmatique en s'attachant aux faits de l'espèce. Ce qui reste à souhaiter, c'est que le critère *in abstracto*, choisi par le législateur, ne dérive pas en une appréciation trop subjective, devenant ainsi véritablement une notion *in concreto* pouvant résulter en une intervention judiciaire exagérément protectrice.

Pour obtenir la nullité de la clause, l'adhérent doit prouver qu'elle lui cause un préjudice. Cet élément ne pose pas, en pratique, grand problème car l'adhérent qui se présente devant les tribunaux pour contester une clause ne le fera que si elle n'est pas à son avantage. Le préjudice se prouve alors aisément. Cette exigence empêche, par ailleurs, au stipulant de demander, pour cause d'incompréhensibilité, la nullité d'une clause. Cette solution est logique. Il est le rédacteur du contrat et, la nullité de la clause étant prévue pour la protection d'intérêts particuliers (ceux de l'adhérent) est relative[202]; elle ne peut, par conséquent, être demandée que par la personne en faveur de qui elle est déclarée[203].

Une fois que l'adhérent a satisfait son double fardeau de preuve, le stipulant conserve un moyen de défense qui consiste à prouver qu'il a donné à l'adhérent des «explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause»[204]. Il y a donc, comme à l'article 1435 C.c.Q., une obligation de renseignement.

Puisque cette obligation a comme objectif «d'éclairer le consentement» elle est, comme dans le cas des clauses externes, de nature précontractuelle[205]. Il s'agit de plus d'une obligation de moyen[206] et l'aspect suffisant des moyens utilisés sera jugé *in concreto*[207]. Elle sera rencontrée si les renseignements ont été donnés de façon «adéquate» et ce, même si la compréhension de l'adhérent ne s'en suit pas ou n'est pas prouvée[208]. Un problème subsiste cependant. Pour juger de la suffisance des moyens utilisés il faut connaître l'objectif visé par cette obligation. Quel est alors le niveau de compréhension que le stipulant doit tenter de transmettre à l'adhérent? Un auteur français relate l'exemple d'une clause prévoyant la solidarité des débiteurs[209]. Cette clause incompréhensible nécessite certaines explications. Le stipulant devra-t-il présenter tous les effets principaux et secondaires de cette notion juridique?

Vérifier l'étendue de l'obligation de renseignements n'est pas simple, et l'impact de cette question est énorme pour la sécurité des transactions. Pensons simplement aux explications qu'il faudra donner pour un contrat de prêt hypothécaire!

Enfin, il ne faut pas négliger l'obligation qu'a l'adhérent de s'informer. En effet, l'obligation d'information, qu'elle soit légale ou jurisprudentielle tire sa source de la notion de bonne foi (article 1375 C.c.Q.). Or, cette bonne foi est «bilatérale». Si le débiteur de l'obligation doit renseigner l'adhérent, celui-ci ne peut rester passif en attendant les renseignements, il doit participer activement à son information. L'«aveuglement volontaire» ne peut être toléré et devenir une arme offensive pour l'adhérent lui permettant d'annuler, *a posteriori*, une clause qui lui est néfaste[210]. L'adhérent, face à une clause qu'il ne comprend pas a, par conséquent, une obligation de poser des questions, de s'informer[211]. L'étendue de cette obligation sera déterminée par les faits de l'espèce, par l'importance du contrat et par la relation existante entre les cocontractants[212]. Par ailleurs ce devoir de s'informer n'écarte, en aucun temps, le devoir d'information du stipulant. Ainsi un stipulant ne pourra pas opposer la passivité de l'adhérent s'il n'a pas, lui-même, accompli l'exigence d'information prévue par l'article 1436 C.c.Q.[213].

## b) *Le contenu du contrat*

Deux dispositions concernent directement le contenu des contrats d'adhésion: une règle touche l'interprétation de ces contrats; l'autre sanctionne de nullité les clauses abusives.

### i) L'interprétation du contrat

Les contrats d'adhésion et de consommation sont régis, en principe, par les mêmes règles d'interprétation que les autres conventions. À ce chapitre le *Code civil du Québec* n'innove pas réellement et reprend en substance les mêmes principes que ceux exprimés dans le *Code civil du Bas Canada*[\[214\]](#). Nous ne nous attarderons donc que sur la reformulation du principe *contra proferentem* de l'article 1432 C.c.Q.

Ce principe suggère que l'on interprète les ambiguïtés d'un contrat d'adhésion ou de consommation en faveur de l'adhérent ou du consommateur. Le stipulant qui a unilatéralement rédigé le contrat doit en supporter le manque de clarté[\[215\]](#).

Cette méthode d'interprétation a été amplement utilisée, particulièrement en matière d'assurances[\[216\]](#). Le législateur avait d'ailleurs codifié ce principe à l'article 2499 C.c.B.C. (en matière d'assurances) et à l'article 17 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Il concerne maintenant tous les contrats d'adhésion et de consommation.

L'article 1432 C.c.Q., dans son libellé, ne fait que codifier ce principe jurisprudentiel sans y apporter de changement. Il ne s'applique que lorsque l'ambiguïté du texte subsiste même après l'application des autres principes d'interprétation[\[217\]](#).

### ii) Les clauses abusives

Jusqu'à maintenant les règles que nous avons étudiées visaient à sanctionner les clauses qui n'ont pas été librement consenties, soit par ignorance, soit par incompréhension. Ces dispositions n'accordent pas au juge le pouvoir de rééquilibrer le contrat ou d'en modifier, sans qu'il soit flou, le contenu. L'article 1437 C.c.Q. donne désormais ce pouvoir aux tribunaux[\[218\]](#): ceux-ci sont maintenant «armés» pour réajuster un contrat déséquilibré. Pour certains, ce rôle peut constituer une entrave importante à l'autonomie de volonté; pour d'autres, il ne s'agit que d'injecter un peu de justice contractuelle et ainsi «parachever l'oeuvre du Code civil»[\[219\]](#).

Certaines des clauses abusives, les plus dangereuses et les plus fréquentes, ont déjà été réglementées par le législateur[\[220\]](#). La jurisprudence[\[221\]](#) a, elle aussi, au nom de l'ordre public, sanctionné de nullité certaines autres clauses. Enfin, la doctrine[\[222\]](#), quoique plutôt discrète, discute également du problème des clauses abusives. Malgré cette triple constatation, l'article 1437 C.c.Q. apporte une nouveauté en ce qu'il reconnaît, à l'instar de plusieurs législations étrangères[\[223\]](#), les clauses abusives comme concept global. Sera nulle ou réductible, dans un contrat d'adhésion ou de consommation, toute clause abusive, quelle qu'elle soit.

Avant d'examiner la définition des clauses abusives, il serait bon de la distinguer d'une notion qui lui est voisine: la lésion. La disposition concernant la sanction des clauses abusives, comme celles portant sur les clauses externes, illisibles et incompréhensibles, se situe dans la section des effets du contrat. Cette notion n'est donc pas un quatrième vice de consentement. Cela la différencie déjà de la lésion. Mais il y a plus que cette seule distinction théorique.

La notion de clause abusive réfère à des clauses secondaires ou accessoires au contrat[224]. Une clause abusive ne rend pas nécessairement le contrat lésionnaire. Ainsi, une clause de résiliation unilatérale peut être abusive si elle n'est pas mutuelle. Par ailleurs, le contrat contenant cette clause ne peut être déclaré lésionnaire si la disproportion ne porte pas sur la considération principale du contrat. C'est ainsi que la lésion s'est avérée insuffisante puisqu'elle sanctionne le contrat dans sa totalité ce qui est parfois injuste. La notion de clause abusive permet de sanctionner seulement la clause déraisonnable. Ainsi comprises, ces deux notions, quoique ayant toutes deux comme finalité de réajuster le contrat, sont néanmoins fondamentalement différentes[225].

La définition donnée aux clauses abusives par le législateur n'est pas vraiment innovatrice. Elle rejoint de façon significative la définition que les auteurs, ou encore le législateur français, lui décernent[226]. Ainsi, sera abusive «toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi». Examinons, dans un premier temps, la nécessité du désavantage excessif ou déraisonnable pour étudier, dans un deuxième temps, le rôle de la notion de bonne foi dans cette définition[227].

L'avantage excessif et déraisonnable nous paraît être un critère objectif, *in abstracto*, étranger aux caractéristiques et forces des parties en présence[228]. Le désavantage excessif réfère à un déséquilibre entre deux réalités et se rapproche de la première partie de l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*[229].

Le déséquilibre n'a pas nécessairement à être de nature pécuniaire[230] et il ne l'est pas la majorité du temps. Il peut être causé, par exemple, par une clause de non-responsabilité ou de résiliation unilatérale[231].

Quoique le déséquilibre soit causé par une seule clause, la détermination de celui-ci doit se faire après avoir évalué tout le contrat[232]. En effet, un contrat doit s'interpréter dans son ensemble et ses clauses doivent être mises en corrélation. Une clause de résiliation unilatérale n'est plus abusive si elle est mutuelle. Ce cas de réciprocité parfaite est simple et facilement quantifiable. Le problème est toutefois plus aigu lorsqu'il faut comparer les avantages de deux clauses différentes. Ainsi, une clause de non-garantie en faveur du vendeur est-elle acceptable, sous réserve de l'article 1733, si l'acheteur obtient un meilleur prix ou encore s'il est créancier d'une clause de résiliation unilatérale? Telles sont des situations dans lesquelles il ne sera pas facile de déterminer si une clause est la cause d'un désavantage excessif[233].

Le désavantage excessif ou déraisonnable causé par la clause doit également aller à l'encontre de la bonne foi. Cette condition n'apparaît généralement pas dans les définitions des clauses abusives. Elle ne constitue pas un second critère à rencontrer pour qualifier une clause d'abusives, mais est plutôt une justification à la nullité de celle-ci ainsi qu'une réaffirmation du principe, omniprésent, de l'article 1375. Un contractant de bonne foi ne doit pas vouloir profiter de son cocontractant en lui imposant un désavantage excessif[234].

C'est avec cette définition vague et ces critères flous que les tribunaux devront travailler afin de juger de la validité de la clause contestée. Il est difficile, encore une fois, de prévoir de façon théorique et objective ce que les juges décideront. Certes, il est prévisible que certaines clauses seront facilement jugées abusives: clause de non-responsabilité, clause pénale, clause de non-concurrence, clause de dation en paiement, clause donnant au stipulant le pouvoir de modifier unilatéralement les conditions du contrat[235]. Pour les autres il sera intéressant de voir où la jurisprudence se situera. Ainsi, en guise d'exemple, une clause par laquelle l'adhérent renonce à ses droits fondamentaux[236] sera-t-elle abusive[237]? En tout état de cause, il faudra toujours juger de la validité d'une clause par rapport aux faits et aux circonstances de l'espèce.

La définition de principe de l'article 1437 C.c.Q. est accompagnée, au deuxième alinéa, d'une présomption qui nous paraît curieuse[238]. Se veut-elle un guide pour l'interprétation du principe[239] ou plutôt, comme nous le croyons, une simple inférence logique donnée en exemple? Tentant de l'expliquer, à défaut de la justifier, deux théories, originaires de la common law sont envisageables: la *fundamental breach of contract* et l'attente raisonnable.

#### “ *Fundamental breach of contract* ”

Cette théorie a été développée par les juges anglais pour limiter l'incidence des clauses d'exonération de responsabilité. Ainsi, lorsqu'un vendeur[240] n'exécute pas du tout, ou n'exécute pas substantiellement ses obligations, la clause de non-responsabilité sera inopposable. On a défini cette théorie de la sorte: «*some act which substantially deprives the innocent party of the intended benefit such party was to obtain under the contract*»[241]. Cette inexécution donne la possibilité à la partie «lésée» de demander la résolution du contrat. Par exemple, a été jugé comme étant un *fundamental breach of contract* le fait de vendre un camion avec une suspension défectueuse[242] ou encore de cesser, après un mois, de dispenser un cours devant durer plusieurs mois[243].

Cette notion de bris fondamental du contrat causé par l'inexécution de l'obligation principale se rapproche de la dénaturation dont parle le deuxième alinéa de l'article 1437 C.c.Q.[244]. Cependant, appliquée à la notion de clause abusive nous ne voyons pas quelle disposition contractuelle, mise à part celle d'exclusion de responsabilité suite à l'inexécution de l'obligation fondamentale, pourrait constituer une véritable dénaturation du contrat. Ce n'est pas, en effet, la clause elle-même qui, en définitive, dénature le contrat, mais bien l'inexécution des obligations par l'une des parties. Nous préférons alors nous rabattre sur une autre théorie de la common law, soit celle de l'attente raisonnable.

#### “ *La théorie de l'attente raisonnable* ”

Cette théorie a pris naissance, sous sa forme actuelle aux États-Unis[245]. Mais il est possible de retracer son ancêtre dans une théorie française du début du siècle qui avait été élaborée pour interpréter les contrats d'adhésion[246].

Selon cette théorie, le juge doit interpréter le contrat selon les attentes de l'adhérent. Seront alors opposables «les clauses qu'un homme raisonnable s'attendrait à trouver dans le contrat»[247].

Comme il n'y a pas eu de négociations, on présumera, à la vue d'une clause défavorable aux intérêts de l'adhérent, qu'il n'a pas connu cette clause, car dans le cas contraire il l'aurait sûrement refusée[248].

Cette théorie, sans que les tribunaux ne le disent expressément, a été appliquée en droit canadien et québécois, particulièrement en matière d'assurances[249]. Elle était codifiée dans l'Avant-projet de loi sur la réforme du droit des obligations par un article définissant la notion de clause abusive[250]. Le retrait de cette disposition signifie-t-il le rejet de cette théorie? Nous ne le croyons pas. La présomption que l'on retrouve au deuxième alinéa de l'article 1437 C.c.Q. est, en fait, une illustration des attentes raisonnables. Pourquoi une clause «dénaturant» le contrat, telle qu'il est généralement conçu, serait-elle abusive? Parce que l'on présume qu'elle n'a pas été voulue. Une clause consentie librement ne peut pas, en théorie et en toute logique, dénaturer le contrat. La volonté des parties, étant le principe sur lequel repose le contrat; la nature de ce dernier ne peut être que celle voulue par les contractants même si elle diffère de celle généralement rencontrée. Or, étant dans un contrat imposé, il y a alors possiblement deux natures: celle du contrat selon les attentes de l'adhérent et celle du contrat tel que rédigé par le stipulant. Devant une telle possibilité, l'article 1437 C.c.Q. nous indique qu'il faut se référer à la nature raisonnablement prévisible par l'adhérent, c'est-à-dire au contrat tel qu'il est habituellement conçu, et ainsi annuler la clause ayant pour effet de modifier cette réalité, et qui va à l'encontre de ses attentes. Il semble donc que la présomption du second alinéa s'explique par la théorie de l'attente raisonnable[251]. Par ailleurs, le libellé même de l'article 1437 C.c.Q. appuie cette conclusion.

En effet, nous l'avons vu précédemment, la notion de clause abusive est maintenant présente dans plusieurs législations[252], mais le texte de l'article 1437 C.c.Q. ressemble étrangement au principe d'*unconscionability*[253] et plus spécifiquement à l'article 2-302 du *Uniform Commercial Code* américain[254]. Cette disposition donne la possibilité au tribunal, s'il juge un contrat ou une clause déraisonnable (*unconsciable*), d'annuler la clause ou le contrat, ou de réduire les obligations[255]. Puisque cette disposition est, selon nous, l'inspiration de l'article 1437 C.c.Q., il n'est pas inutile d'étudier la façon dont elle a été interprétée.

Une première version de l'article 2-302 U.C.C. limitait son application aux contrats d'adhésion[256] et énumérait certains critères devant guider le tribunal dans l'interprétation de cette disposition permettant de qualifier une clause d'*unconscionable*: l'absence de négociation, le non-respect des attentes raisonnables de l'adhérent et le manque de publicité[257]. Ces critères, ainsi que la référence aux contrats d'adhésion, ont été supprimés de la version finale de l'article 2-302[258].

Deux types d'*unconscionability* ont été distingués: la *procedural unconscionability* (ou *unconscionability* externe) et la *substantive unconscionability* (ou *unconscionability* interne)[259]. Le premier type concerne la manière selon laquelle le contrat a été formé. Ainsi seront déraisonnables, selon cette notion, les clauses illisibles, incompréhensibles ou encore externes[260]. Ces clauses sont déraisonnables et nulles car elles n'ont pas été consenties pas l'adhérent et lui causent, ce que les commentateurs du texte appellent une *unfair surprise*[261]: l'adhérent ne s'attendant pas à retrouver une telle clause dans son contrat, celle-ci sera nulle. Nous retrouvons ici la théorie de l'attente raisonnable[262]. Le second type d'*unconscionability* se rattache au contenu[263] de la clause. Ainsi seront sanctionnées par la *substantive unconscionability* les clauses de non-responsabilité, de non-garanties, etc.[264]. La jurisprudence sanctionne également de nullité les clauses disposant du prix si elles sont excessives[265]. Il nous semble que ces deux types d'*unconscionability* sont reproduits aux articles 1435 à 1437 C.c.Q.

Ainsi le *procedural unconscionability* est repris aux articles 1435 et 1436 C.c.Q. et le *substantive unconscionability* à l'article 1437 C.c.Q.

La sanction prescrite à l'article 1437 C.c.Q. diffère quelque peu de celle du texte américain. Seule la clause, et non le contrat, peut être annulée. Cette nullité, comme celle prévue aux articles 1435 et 1436 C.c.Q., est une nullité relative, prévue en faveur de l'adhérent[266]. Toutefois, la clause abusive peut être réduite par le tribunal[267] donnant ainsi au juge le pouvoir de refaire le contrat. Les clauses de non-concurrence, par exemple, qui jusqu'à maintenant étaient déclarées nulles, pourront être limitées par le tribunal dans le temps ou dans l'espace[268].

En fait, le danger réside justement dans la trop grande latitude donnée par le pouvoir législatif au pouvoir judiciaire. Les notions d'information suffisante, de personne raisonnable, d'illisibilité, d'incompréhensibilité, de désavantage excessif, d'impossibilité de négocier sont toutes des notions floues[269] qui, sans précisions, risquent d'être difficilement applicables[270] et sont susceptibles de provoquer un corpus jurisprudentiel contradictoire et pratiquement incompréhensible[271].

## **B. Les contrats de gré à gré**

Aucune règle spécifique concernant les clauses abusives présentes dans les contrats de gré à gré n'étant prévue, c'est le droit commun qui les régit. On recourra alors à certaines notions issues de la théorie générale des obligations[272] telles l'erreur, la mauvaise foi et l'ordre public[273].

### 1. L'erreur

#### a) *L'erreur spontanée*

L'erreur, vice de consentement, doit porter «sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation, ou encore, sur tout élément qui a déterminé le consentement»[274].

Les clauses abusives étant accessoires, l'erreur sur la nature du contrat n'aide guère. L'erreur sur l'objet de la prestation portant sur l'objet matériel du contrat n'est pas plus utile[275].

Pour l'erreur qui porte sur «tout élément qui a déterminé le consentement» c'est-à-dire l'erreur sur le motif principal ou déterminant dans la mesure où celui-ci est manifesté de façon expresse ou tacite[276], il faut, pour obtenir la nullité d'une clause, prouver qu'elle était déterminante dans le consentement de l'adhérent et que le stipulant était au courant de cet état de fait. Les clauses abusives étant généralement accessoires au contrat une telle situation est difficilement imaginable[277].

Un autre obstacle à l'utilité de l'erreur est sa sanction. L'erreur se voit corrigée par la nullité du contrat[278], or cette solution n'est pas nécessairement avantageuse pour l'adhérent, qui, souvent, veut maintenir le contrat et ne voit disparaître que la clause abusive.

La possibilité de sanctionner l'erreur par la nullité partielle a été soulevée par un auteur[279]. Cette solution ne peut être retenue car l'erreur doit porter sur un «élément essentiel» au contrat. Si la

clause viciée remplit cette condition, sa nullité devrait entraîner la nullité de la totalité du contrat puisque les contractants, ou du moins l'un d'eux, n'auraient sans doute pas contracté sans sa présence. De plus, au sens du *Code civil du Québec*, seuls le dol, la crainte ou la lésion peuvent donner ouverture à un recours en réduction des obligations.

## b) *L'erreur provoquée: le dol*

Le dol est maintenant défini, tant par le législateur[280] que par la doctrine, comme étant une erreur provoquée; c'est «le fait de provoquer volontairement une erreur dans l'esprit d'autrui pour le pousser à contracter»[281]. Deux éléments doivent être réunis pour qu'on soit en présence d'un dol: la volonté de tromper et une manoeuvre visant à causer l'erreur. Le code vient confirmer tant la doctrine[282] que la jurisprudence[283] et étend le dol au silence ou à la simple réticence[284]. Cet «élargissement» de la notion de dol pourra être utile afin de sanctionner les clauses externes ou illisibles passées sous silence à la phase précontractuelle[285]. Par ailleurs, tout silence n'est pas nécessairement dolosif. Il faudra qu'il soit d'une importance significative, seul le *dolus malus* et non le *dolus bonus* pouvant justifier une intervention judiciaire[286].

Le *Code civil du Québec* vient également confirmer la doctrine[287] en acceptant de sanctionner le dol incident[288] c'est-à-dire «celui qui n'a pas exercé une influence déterminante sur le consentement, ne portant que sur des clauses accessoires ou ayant seulement amené sa victime à contracter à des conditions plus désavantageuses»[289]. Le dol incident sera donc très utile pour annuler les clauses abusives. Enfin, l'article 1407 C.c.Q. prévoit dorénavant en cas de dol, le recours en réduction des obligations.

Les tribunaux pourront donc désormais, annuler, pour cause de dol, la clause accessoire au contrat qui aurait été passée sous silence par un contractant, dans le but de provoquer l'erreur, en l'occurrence l'ignorance de la clause chez son cocontractant.

## 2. La bonne foi

La bonne foi dans les relations contractuelles est expressément prévue par plusieurs législations d'inspiration civiliste. Pensons à l'article 2 du Code des obligations suisse ou, plus près de nous, à l'article 1134 C.N. qui énonce à son troisième alinéa: «Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi». Le *Code civil du Québec* prévoit à son tour l'exigence de la bonne foi, tant à la formation qu'à l'exécution du contrat[290]. Cette exigence législative nouvelle ne vient que confirmer ce que la jurisprudence avait établi[291].

En droit allemand, la bonne foi est également prévue à l'article 242 du Code civil allemand: «Le débiteur a l'obligation de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi compte tenu des usages». Cette disposition a été largement utilisée afin de réviser les contrats et d'annuler les clauses abusives.

Ce contrôle de source allemande est de deux types. Le premier est un contrôle par cas d'espèce et a servi plutôt comme règle d'interprétation[292]. On l'a utilisé, par exemple, pour annuler une clause qui en contredisait une autre dans le même contrat. Le second consiste à déclarer illégales des

clauses qui reviennent dans la majorité des contrats. La clause déclarée de «mauvaise foi» sera nulle, indépendamment des faits de l'espèce.

Ces contrôles ne sont soumis à aucun critère clair et, par conséquent, une clause peut être déclarée contraire à la bonne foi sans motivation. Ceci permet au professeur Nordmann, dans sa thèse de doctorat, de soutenir, à juste titre, que ce contrôle va beaucoup trop loin[293].

L'exemple allemand peut servir d'inspiration au Québec, mais n'est pas réellement nécessaire. En effet, toutes les ruses que l'un des contractants peut prendre afin qu'une clause dans le contrat passe inaperçue à son cocontractant peuvent être sanctionnées par le dol. Les juges n'auront alors pas besoin de recourir au concept beaucoup plus flou de la bonne foi. Quant au second type de contrôle, celui annulant *in abstracto* certaines clauses, il ne doit pas être importé en droit québécois. En effet, c'est la façon selon laquelle une clause est insérée qui la rend «de mauvaise foi» et non pas la clause elle-même. Pour ce type d'intervention, il faut plutôt se limiter aux clauses interdites ou circonscrites, par le législateur (par exemple, une clause de non-responsabilité) ou encore se référer au concept d'ordre public.

### 3. L'ordre public

L'ordre public[294] est une restriction à la liberté contractuelle dans le but de conserver l'ordre, de préserver la «paix sociale» et de sauvegarder la dignité d'une société. C'est l'«ordre qui prime les intérêts privés et qui est nécessaire au maintien de l'organisation»[295]. Cette notion est floue et surtout très variable tant dans l'espace que dans le temps.

Il y a quelques années encore, l'ordre public était politique, c'est-à-dire avait pour but la protection des institutions de l'État et de la paix sociale en général. Maintenant nous assistons à l'apparition en force de l'ordre public économique, qui s'attarde à réglementer les échanges et la vie économique. Alors qu'au siècle dernier il aurait été mal vu que le législateur intervienne dans la vie économique afin de limiter la libre entreprise et le libéralisme économique, celui des dernières années a légiféré à plusieurs reprises, afin, entre autres, de protéger les plus faibles[296]. La *Loi sur la protection des consommateurs* ou encore les articles du *Code civil du Québec* sur les clauses abusives en sont des illustrations.

L'ordre public se retrouve sous deux formes. La première est textuelle. Le législateur interdit ainsi aux parties de déroger à la règle de droit édictée[297]. Ce caractère d'ordre public est parfois exprès, parfois issu de l'interprétation judiciaire.

La seconde forme est l'ordre public prétorien. Les tribunaux peuvent, même en l'absence de loi à cet effet, déclarer une convention contraire à l'ordre public. C'est ce que le professeur Ghestin appelle l'ordre public *virtuel*[298].

Les tribunaux ont utilisé cette notion pour sanctionner certaines clauses. La clause de non-concurrence[299] et la clause d'exclusivité dans les contrats de distribution de biens et de services en sont des exemples[300].

En droit allemand, l'ordre public est également utilisé pour invalider les clauses abusives. L'article 138 du Code civil allemand[301] édicte en effet qu'un contrat contraire aux bonnes moeurs est nul[302]. Le deuxième alinéa de cet article donne comme exemple le contrat qui exploite la

légèreté, l'inexpérience de l'un des contractants: il semble donc introduire la lésion entre majeurs[303]. Cependant, les tribunaux allemands utilisent fréquemment l'article 138, alinéa 1 B.G.B. sans avoir recours à la lésion pour annuler un acte juridique[304]. La notion de bonnes moeurs, à elle seule, est alors suffisante pour sanctionner un contrat[305].

La jurisprudence allemande semble donc exiger du stipulant qu'il respecte «certaines règles spéciales de validité»[306] afin que le contrat prérédigé soit conforme à l'article 138 B.G.B. Par contre, Nordmann constate que les tribunaux n'ont pas érigé de critères précis[307].

Cette conception de l'ordre public peut difficilement être importée au Québec. L'utilisation de l'ordre public doit être restreinte aux cas exceptionnels tels le cas des clauses qui limitent des libertés individuelles (par exemple, les clauses de non-concurrence) ou encore le cas de clauses assorties d'une condition purement potestative (par exemple, une clause permettant au stipulant de changer les conditions du contrat selon sa propre volonté). Utiliser le concept d'ordre public pour sanctionner le contrat dans des cas où c'est la situation factuelle (clauses illisibles, clauses passées sous silence) qui choque, risquerait en effet de déstabiliser les conventions. Cette notion devrait être plus générale et se limiter à ne juger contraire à l'ordre public que les clauses qui le sont en elles-mêmes, c'est-à-dire sans se soucier des parties contractantes ou encore des faits entourant l'échange des consentements. Et pour les cas où c'est la situation factuelle qui rend une clause invalide, les tribunaux ne devraient intervenir qu'en utilisant le concept de bonne foi ou de dol par réticence.

Les contrats de gré à gré pourront alors être protégés des clauses abusives par les notions de dol, de bonne foi et, dans une certaine mesure, d'ordre public. Cependant, les tribunaux ne devront pas utiliser ces concepts pour rééquilibrer les contrats et faire ce que le législateur a refusé de faire. Ils ne devront intervenir que lorsque les critères du dol seront réunis, ou encore lorsque la mauvaise foi d'un des contractants sera prouvée. De plus, ils devront être particulièrement réticents à intervenir lorsque les deux parties seront d'égales forces.

## CONCLUSION

La situation contractuelle contemporaine est différente de celle qui existait lors de la première codification. La liberté contractuelle n'est plus synonyme d'équité. Cette dernière n'existe plus, trop souvent, que pour une des deux parties au contrat. Il ne peut alors y avoir qu'inégalité proportionnelle à l'imposition. Il n'y a pas de justice dans la prédétermination. En fait, comme nous l'avons vu, il n'y a souvent même pas consentement. Nous sommes alors bien loin de la limitation voulue et négociée de sa liberté individuelle. Les adhérents perçoivent leur contrat plutôt comme une sorte de règlement imposé par une force inconnue mais irréductible. Ils contractent alors sans se poser de questions, sans même lire le document.

Cette situation a donné naissance à un système inéquitable. Ce type de contrats est indéfendable même s'il peut être utile, efficace et est, de toute façon, inévitable. Le législateur se devait d'intervenir et il l'a fait.

Le succès du système implanté par le Code civil dépendra des tribunaux et il est encore trop tôt pour le garantir, et risqué de le prévoir. Ce qui reste «prévisible» toutefois c'est l'imprévisibilité des résultats.

Nous étions, dans la première partie de cette étude, arrivé à une double conclusion: le meilleur moyen de protéger le contractant est de prévenir les clauses abusives et à défaut de ce faire il serait bon d'implanter «un système contenant une définition législative, une liste noire déclarant certaines clauses comme abusives et une liste grise en présumant certains autres». Le *Code civil du Québec* ne se conforme pas adéquatement à ces conclusions. Les moyens préventifs sont discrets et le système curatif est exclusivement judiciaire: le législateur donne pratiquement carte blanche aux tribunaux pour déterminer ce qu'est, en pratique, une clause abusive<sup>[308]</sup>. Les pays d'Europe, qui connaissent la notion de clause abusive depuis plus longtemps que nous, se tournent tous vers ce système hybride «de listes». Le législateur québécois, quant à lui, fait fi de ce mouvement.

La méthode utilisée par le législateur est dangereuse et, croyons-nous inefficace. Dangereuse, parce qu'elle permet une intervention non limitée et non dirigée des tribunaux. Inefficace, parce qu'elle risque de créer un corpus jurisprudentiel confus, qui découragera les adhérents à faire valoir leurs droits en justice, en raison des risques et de l'imprévisibilité des résultats. Il faut alors se fier au réalisme, au pragmatisme et à la prudence des juges pour envisager une réussite de ce système et établir une cohérence entre les différentes et nombreuses règles visant l'équité dans les contrats.

Ce que nous aurions souhaité c'est une législation spécifique s'appliquant aux contrats d'adhésion. Cette législation aurait pu être plus détaillée et plus précise que ne l'est le Code civil. Tel n'a pas été le choix du législateur. Il ne nous reste plus qu'à attendre les premières décisions, ce qui ne devrait pas tarder, pour alors tenter d'objectiver les différentes dispositions et d'élaborer une théorie exhaustive sur le contrôle des clauses abusives. Une fois ce travail accompli nous pourrions alors espérer une certaine justice dans les contrats mais également une certaine stabilité.

---

[1] Étudiant à la maîtrise en droit à l'Université de Montréal. L'auteur tient à remercier les professeurs Christianne Dubreuil et Jean Pineau pour les judicieux conseils qu'ils lui ont prodigués tout au long de la rédaction de ce texte. Il souhaite également remercier le juge Jean-Louis Baudouin qui a bien voulu lire et commenter certaines versions du manuscrit. Enfin, il désire remercier le fonds F.C.A.R. qui a subventionné ses recherches.

[2] Claude MASSE, «L'équité contractuelle», (1979) *Mer. Mem. L.* 48; Sylvio NORMAND, «La réforme du droit des obligations “ La mesure des principaux changements en matière contractuelle », (1988) 29 *C. de D.* 865, 873. Voir aussi, cet extrait de Pothier: «Car l'équité en fait de commerce, consistant dans l'égalité, dès que cette égalité est blessée, & que l'un des contractants donne plus qu'il ne reçoit, le contrat est vicieux; parce qu'il pêche contre l'équité qui y doit régner»: POTHIER, *Traité sur différentes matières de droit civil appliquées à l'usage du barreau et de la jurisprudence française*, 2e éd., t. 1, Paris, Cosse et Marchal, 1781, p. 18.

[3] C. MASSE, *loc. cit.*, note 1, 51.

[4] Voir, sur la notion de contrat d'adhésion: *infra*, II.A.1.a.

[5] Voir, sur l'aspect sociologiquement «rassurant» du contrat: Jean CARBONNIER, *Droit civil* “4, *Les obligations*, coll. «Thémis», 13e éd., Paris, P.U.F., 1988, p. 75.

[6] Hélène BRICKS, *Les clauses abusives*, coll. «Bibliothèque de droit privé», Paris, L.G.D.J., 1982, no 175, p. 1.

[7] *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 8 (aussi citée: «L.P.C.»).

[8] Voir: *infra*, I.B.1.b. et II.A.2.b.ii.

[9] Voir: *infra*, II.B.

[10] Voir: *infra*, I.A.

[11] La *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (L.Q. 1992, c. 57 ) prévoit à ses articles 5 et 82 que les dispositions concernant les clauses abusives trouveront application immédiate et ce, même pour les contrats conclus avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*.

[12] Il est vrai que les clauses abusives sont surtout présentes dans les contrats d'adhésion ou de consommation. Il est également vrai qu'il ne faut pas permettre une révision judiciaire généralisée des contrats. Mais il reste néanmoins, qu'il pourrait arriver qu'un contrat, quoique non d'adhésion au sens de la loi, soit porteur de clauses injustes.

[13] Le lecteur intéressé peut consulter l'ouvrage suivant: H. BRICKS, *op. cit.*, note 5.

[14] Voir entre autres: *Loi no 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit*; *Loi no 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services*; *Loi no 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier*.

[15] *Loi no 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services*, précitée, note 13.

[16] Le système de décret que la loi implante peut également être vu comme étant une méthode

préventive puisqu'à long terme, les commerçants vont éviter d'utiliser les clauses visées par décret. Ce système est toutefois avant tout curatif, puisque son effet premier n'est pas d'empêcher l'apparition de clauses abusives, mais bien de donner le pouvoir au juge de les annuler. La loi comporte également un aspect préventif par l'implantation d'une commission administrative. Voir: *infra*, I.A.2.a).i).

[17] Nous reproduisons ici le texte de l'article 35: «Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'État pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif.

De telles clauses abusives, stipulées en contradiction avec les dispositions qui précèdent, sont réputées non-écrites».

[18] Jacques GHESTIN, *Droit civil " Le contrat: formation*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 681; Jacques MESTRE, «Une étape importante dans la bataille contre les clauses abusives: l'enrolement du professionnel hors de sa sphère habituelle d'activités», (1987) 86 *Rev. trim. drt civil* 537.

[19] Cour de Paris, 22 mai 1986, D. 1986. I.R. 392; Cour de Cassation, 1ère Chambre, 15 avril 1986, D. 1986. I.R. 393.

[20] [1977] C.A. 569.

[21] Cour de cassation, 1ère Chambre, 28 avril 1987, D.1987.II. Somm. 455.

[22] Cour de cassation, 1ère Chambre, 25 janvier 1989, D.1989, 253. Cet arrêt renverse une décision antérieure de la Cour de Paris (précité, note 18) portant sur des faits identiques.

[23] Il n'existe, à l'heure actuelle, qu'un seul décret, lequel a été adopté quelques semaines après l'entrée en vigueur de la loi (décret no 78-464 du 24 mars 1978). Ce décret comporte quatre articles: Le premier article qui visait à interdire toutes «stipulations contractuelles qui ne figurent pas sur l'écrit qu'il [le non-professionnel] signe» a été annulé par le Conseil d'État en 1980 (Conseil d'État, 3 décembre 1980, *Répertoire du notariat Defrénois*, 1981, p. 203).

Le deuxième article du décret déclare abusive une clause qui, dans un contrat de vente, supprime

ou restreint le droit du consommateur à des dommages-intérêts en cas de non-respect, par le professionnel, de ses obligations.

La troisième disposition interdit une clause qui réserve au professionnel le droit «de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre».

Enfin, la quatrième disposition impose une obligation d'information au professionnel. Elle exige que le professionnel mentionne clairement que la garantie légale contre les vices cachés s'applique au contrat.

[24] J. GHESTIN, *op. cit.*, note 17, p. 683.

[25] La liste, prévue à l'article 35, est la suivante: les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions.

[26] Jean CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1992, no 145, p. 141.

[27] Précité, note 22, 204.

[28] Cette question est clairement exposée dans l'annexe II du Rapport d'activités de la Commission des clauses abusives pour l'année 1981: «La notion de clauses abusives et le rôle de la commission des clauses abusives à l'égard des clauses illicites ou illégales», Rapport présenté par le professeur Jacques GHESTIN, p. 23 et suiv., reproduit dans J. GHESTIN, *op. cit.*, note 17, p. 698 et suiv.

[29] En faveur de la thèse restrictive: Philippe MALINVAUD, *La protection des consommateurs*, D.1981. Chron., p. 49; Alfred RIEG, «La lutte contre les clauses abusives des contrats (comparaison entre les droits allemand et français), dans *Études Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 221 et suiv.; H. BRICKS, *op. cit.*, note 5, p. 134. En faveur de la thèse contraire (c'est-à-dire de la non-exigence d'un décret): Philippe MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil " Les obligations*, Paris, Cujas, 1986, no 317; Georges BERLIOZ, «Droit de la consommation et droit des contrats», J.C.P. 1979. I. 2954; Luc BIHL, «La loi no 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur», J.C.P. 1978. I. 2909; J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, note 25, no 149 (cet auteur était de l'avis contraire dans l'édition précédente de son ouvrage: Jean CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, 2e éd., Paris, Dalloz, no 122).

[30] 22 mai 1986, précité, note 18. Cette affaire concernait un contrat de développement de film. Il contenait une clause de non-responsabilité, clause interdite selon l'article 2 du décret no 78-464.

Or, ce décret concerne exclusivement les contrats de vente. Ici, la Cour a considéré que le contrat en était un de service et a refusé d'appliquer le décret. La clause a donc été opposée au consommateur. Cette décision, en plus d'exiger l'existence d'un décret pour déclarer une clause abusive, interprète celui-ci de façon restrictive.

[31] En 1989, la Cour de cassation, devant des faits similaires, arrivera à une conclusion inverse (précité, note 21). En effet, elle a interprété de façon plus libérale l'article 2 du décret et a considéré le contrat indivisible; le contrat de développement étant aussi un contrat de vente de film. Elle a donc appliqué le décret et a jugé la clause de non-responsabilité abusive. Il est à noter que la Cour a fondé sa décision sur la qualification de la vente. La Cour, a donc exigé implicitement, encore ici, l'existence d'un décret. Voir Jean-Luc AUBERT, *Répertoire du notariat Défrénois*, 1991, art. 34987, p. 366. Mais l'interprétation très large du décret a fait dire à certains auteurs que la Cour de Cassation a débuté là sa route vers la consécration du pouvoir du juge de déclarer une clause abusive, même en l'absence de décret (D. 1990. II. 1289, note de Jacques GHESTIN).

[32] 22 mai 1986, précité, note 18, 563.

[33] Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre, 16 juillet 1987, D. 1988. II. 49, note de Jean CALAIS-AULOY.

[34] J. GHESTIN, *op. cit.*, note 17, p. 703.

[35] C. cass. civil, 1<sup>ère</sup> chambre, 6 décembre 1989, D.1990.II. 289; Tribunal de Grande Instance de Paris, 17 janvier 1990, D.1990.II. 289.

[36] C. cass. civ., 1<sup>ère</sup> chambre, 14 mai 1991, D.1991.II. 449, note de Jacques GHESTIN.

[37] L'article 2 du décret no 78-464 (précité, note 22) ne concernant que les contrats de vente ne s'appliquait donc pas.

[38] Certains auteurs (J. GHESTIN, *op. cit.*, note 17, p. 704; Philippe DELEBECQUE, note à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 mai 1986, D.1986. II. 563,565) étaient d'avis que même si le juge ne pouvait pas appliquer la loi sans un décret du Conseil d'État il pouvait déclarer une clause abusive aux termes du droit commun, par exemple par le biais de la notion de bonne foi (art. 1134 C.c.fr.). Les juges, selon ces mêmes auteurs, pouvaient alors s'inspirer des recommandations de la Commission des clauses abusives pour ce faire.

[39] Cf., Jacques MESTRE, «La reconnaissance expresse du pouvoir pour le juge de condamner directement une clause abusive», (1991) 90 *Rev. Trim. drt civil* 526; J.GHESTIN, *loc. cit.*, note 35; J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, note 25, no 146, p. 143.

[40] D'ailleurs le législateur français confirmera probablement cette position. À l'article 9 du projet de loi no 1903, il édicte que: «le juge peut déclarer non écrite une clause relative au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie, et confèrent à cette dernière un avantage excessif». Cf., J. GHESTIN, *loc. cit.*, note 35, 452.

[41] Décret no 78-464, précité, note 22. D'autres décrets ont été passés sous l'empire de la loi no 78-23, mais ceux-ci ne concernent pas la reconnaissance de clauses abusives.

[42] Celle retenue par le *Code civil du Québec*. Voir: *infra*, II.A.2.b.ii.

[43] Voir: *infra*, II.A.2.b.ii.

[44] J. CALAIS-AULOY, *loc. cit.*, note 32.

[45] C'est la solution qu'a retenue la Belgique (*Loi sur les pratiques de commerce et sur l'information du consommateur*, 14 juillet 1991) . Cette liste peut être modifiée par arrêté en conseil.

[46] Voir: *infra*, II.A.2.b.ii.

[47] Du même avis, voir: Gilles PAISANT, *De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives*, D. 1986. I. Chron. 299, 303.

[48] *Loi relative au régime juridique des conditions générales des contrats*, 9 décembre 1976.

[49] *Loi relative à la protection juridique du consommateur*, 25 août 1983.

[50] *Loi 446/85*, 25 octobre 1985.

[51] Voir: G. PAISANT, *loc. cit.*, note 46; Gilles PAISANT, *Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives*, D. 1988.I. 253; *Rapport final de la commission de refonte du droit de la consommation*, préparé par Jean CALAIS-AULOY, La Documentation française, coll. «rapports officiels», avril 1985, p. 56 et suiv.; Bulletin des communautés européennes, Supplément 1/84, *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs*, p. 15; J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, note 25, no 149, p. 147; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 17, p. 453.

[52] Par exemple, dans la loi allemande (précitée, note 47), la «liste noire» contient 16 clauses (art. 11), tandis que la «liste grise» en contient 10 (art. 10).

[53] *Loi no 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services*, précitée, note 13. Cette commission comprend 15 membres soit: un magistrat de l'ordre judiciaire, qui en est le président, deux magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif ou membre du Conseil d'État, trois représentants de l'administration, trois juristes, trois représentants des associations agréées de consommateurs et trois représentants des professionnels. La Belgique vient elle aussi d'en créer une sur le modèle de la commission française: *Loi du 14 juillet 1991*, précitée, note 44.

[54] *Loi no 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services*, précitée, note 13, art. 35.

[55] *Id.*, art. 37 et 38.

[56] J. GHESTIN, *op. cit.*, note 17, p. 696.

[57] Pour une liste exhaustive des recommandations de la commission, le lecteur consultera: H. BRICKS, *op. cit.*, note 5, p. 141 et suiv.; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 17, p. 708 et suiv.; J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, note 25, no 148, p. 145.

[58] *Loi no 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services*, précitée, note 13, art. 37.

[59] H.B. SALES, «Standard form contracts», (1953) 16 *Mod. L.R.* 318.

[60] Cette solution existe en France pour les contrats d'assurance. Voir: H. BRICKS, *op. cit.*, note 5, p. 137 et suiv.

[61] Voir: Adrian POPOVICI, «Les contrats d'adhésion: un problème dépassé?», dans *Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, p. 161, à la page 194. Il arrive à la même conclusion.

[62] H. BRICKS, *op. cit.*, note 5, nos 359 et suiv., p. 241 et suiv. Voir également: J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, note 25, no 155, p. 151; Luc BIHL, «Vers un droit de la consommation», *Gaz. Pal.*, 13 et 14 sept. 1974; Gérard TRUDEL, «Des frontières de la liberté contractuelle», dans *Mélanges Louis Baudouin*, *op. cit.*, note 60, p. 218, à la page 226.

[63] Cette solution comporte certains problèmes (*cf.*, H. BRICKS, *op. cit.*, note 5, p. 245 et suiv.), le plus important étant justement celui du choix des représentants. En effet, les nombreux regroupements de consommateurs ayant souvent des intérêts divergents rendront ce choix difficile.

[64] C'est pour cette raison que nous préférons l'appellation «négociation collective cadre».

[65] La *Loi sur la protection du consommateur* (précitée, note 6) prévoit déjà l'imposition de certains contrats types, par exemple l'annexe 3 concernant le contrat de prêt d'argent. Ce type de contrat n'a pas été négocié mais imposé par le législateur.

[66] *Cf.*, par exemple: art. 25 L.P.C.; *Règlement d'application de la Loi sur les assurances*, R.R.Q., 1981, c. A-32, r. 1; art. 2399 C.c.Q.

[67] Décret no 87-1045 D.I. 38; Arrêté du 22 décembre 1987, D.I. 40. Cet arrêté vient préciser les contrats qui sont régis par le décret no 87-1045.

[68] En effet, comme l'explique le professeur Ghestin: «[l]a commission ne s'est [...] pas limitée à recommander l'interdiction de certaines clauses. Elle a énoncé également des avis positifs. Ceux-ci portent essentiellement sur la présentation matérielle et intellectuelle des clauses» (J. GHESTIN, *op. cit.*, note 17, p. 696).

[69] *Id.*, p. 697. Nous retrouvons ici la phraséologie de l'article 1436 C.c.Q.

[70] A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 60, 195. En 1974, le professeur Popovici défendait cette solution: «[p]our notre part, nous opterions pour un renouveau de formalisme, qui nous semble une des meilleures protections possibles pour les deux parties d'un contrat. On pourrait aller jusqu'à imposer une forme particulière à tous les contrats d'adhésion: par exemple, décréter que tous les contrats imprimés doivent être "facilement lisibles, en caractères d'au moins six points", comme l'édictait l'ancien article 1561e C.c.». Cette proposition a été partiellement retenue à l'article 1436 C.c.Q.

[71] Voir sur ce sujet: Françoise LEBEAU, *Les clauses abusives dans les contrats de consommation: l'expérience québécoise*, Rapport présenté au Congrès Européen sur les conditions générales des contrats, Combria (Portugal), mai 1988.

[72] *Loi de la protection du consommateur*, L.Q. 1971, c. 74.

[73] *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 6.

[74] *Id.*, art. 2.

[75] Toutes ces dispositions sont d'ordre public: *id.*, art. 261 et 262.

[76] *Id.*, art. 10, 11 et 13.

[77] *Id.*, art. 17 et 18.

[78] *Id.*, art. 25-28 et certains articles du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, R.R.Q., 1981, c. P-40.1, r.1.

[79] Art. 58, 158, 190, 199, 208 L.P.C.

[80] L'article 10 L.P.C. prévoit qu'«est interdite la stipulation par laquelle un commerçant se dégage des conséquences de son fait personnel ou celui de son représentant».

[81] Les tribunaux ont contrôlé le consentement donné à ces clauses et les ont annulé lorsqu'il y avait dol ou faute lourde (Cf., Jean-Louis BAUDOIN, *Les obligations*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 455 et suiv.; Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Théorie des obligations*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1988, p. 450).

[82] Signalons qu'il y a très peu de jurisprudence sur cette disposition: *Comartin c. Bordet*, [1984] C.S. 584; *Gosselin c. Services de voyages Yves Bordeleau Inc.*, [1990] R.J.Q. 1454 (C.Q.).

[83] La Cour provinciale a interprété cet article dans l'affaire *Biron c. Location d'autos Gibeault Inc.*, [1983] C.P. 288. Elle a refusé l'annulation d'une clause de résiliation parce que les conditions d'application étaient adéquatement énumérées dans le contrat.

[84] Nous laissons de côté la question de l'applicabilité de la *Loi sur la protection du consommateur* (précitée, note 6) aux banques.

[85] *Levesque c. Chabot*, [1980] C.P. 400. Voir, à propos de l'interprétation de cette disposition: Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 3e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1986, no 41, pp. 41 et 42; Anne-Marie MOREL, «Protection du consommateur», (1981-82) 9 C.F.P.B.Q. 23; *Lipic c. Bissonnette*, [1977] C.P. 223.

[86] Cf., *Général Motors Acceptance Corp. c. Breton*, [1986] R.J.Q. 781 (C.P.).

[87] Cette disposition vient compléter l'article 1019 C.c.B.C. qui prévoit qu'en cas de doute le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation. L'article 1432 C.c.Q. prévoit que le contrat d'adhésion et de consommation s'interprète toujours en faveur de l'adhérent. Voir: *infra*, II.A.2.b.i.

[88] Par exemple, si un commerçant qui n'est pas un commerçant itinérant, inclut dans le contrat la mention suivante: «Contrat avec un commerçant itinérant: Le consommateur peut mettre fin au contrat dans les 10 jours de la conclusion de celui-ci». Le commerçant devra donner effet à cette clause.

[89] Ces contrats sont les suivants: ceux conclus avec un commerçant itinérant (art. 55 et suiv.); les contrats de crédit (art. 66 et suiv.); vente d'automobiles et de motocyclettes usagées (art. 151 et suiv.); réparation d'automobile et de motocyclette (art. 167 et suiv.); réparation d'appareil domestique (art. 182 et suiv.); louage de service à exécution successive (art. 188 et suiv.).

[90] Le *Règlement d'application de la loi sur la protection du consommateur* (précité, note 77) prévoit, aux articles 26 à 28, certaines spécifications, telles la grosseur des caractères (art. 27 et 28) ou encore la couleur de l'encre (art. 28e)), pour assurer la lisibilité des contrats.

[91] Remarquons la similitude de cette disposition avec l'article 1436 C.c.Q. Voir: *infra*, II.A.2.a.ii.

[92] Nullité relative du contrat: *Gareau-Lachance c. Automobiles Univers Inc.*, [1982] C.P. 159.

[93] Elle est parfois trop sévère pour le consommateur qui s'en prévaut s'il désire conserver son contrat en y faisant annuler les clauses non conformes. Des sanctions semblables à celles prévues à l'article 272 devraient alors être prévues. N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 84, p. 241.

[94] Chaque contrat prévu dans la loi a sa liste de mentions obligatoires: contrat conclu avec un vendeur itinérant (art. 58 L.P.C. et 30-31 du Règlement); contrat de crédit (art. 32-42 Règlement); contrats relatifs aux automobiles et motocyclettes (art. 158 L.P.C.); contrat de louage de services à exécution successive (art. 190, 199 et 208 L.P.C. et art. 46-49 du Règlement).

[95] Un devoir général d'information du commerçant n'est pas prévu dans la *Loi sur la protection du consommateur* (précitée, note 6) mais en plus des articles que nous citons (*supra*, note 93), le législateur, à l'article 228, interdit le dol par réticence ce qui nous démontre l'importance qu'il attribue à l'information du consommateur. Et, à l'article 253, est prévue une présomption de dol contre le commerçant.

[96] Art. 215 et suiv. L.P.C. Voir à ce sujet: Brigitte LEFEBVRE, «La bonne foi dans la formation du contrat», (1992) 37 *R. D. McGill* 1053, 1065.

[97] Voir entre autres applications: *Proulx c. Hotte*, [1968] B.R. 628; *Vézina c. Vézina*, [1985] C.A. 44.

[98] *Loi modifiant le Code civil*, S.Q. 1939, c. 95., art. 1.

[99] *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, S.Q. 1963-64, c. 67, art. 1.

[100] Le législateur québécois avait inclus une règle générale sanctionnant la lésion entre majeurs à l'article 1449 de l'Avant-projet de loi du droit des obligations de 1987. Cette disposition a été supprimée dans le Projet de loi 125.

[101] Ces deux sens se retrouvent également à l'article 1406 C.c.Q.

[102] Voir entre autres études sur la lésion: Georges MASSOL, *La lésion entre majeurs en droit québécois*, coll. «Minerve», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 19 et suiv.; C. MASSE, *loc. cit.*, note 1; J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 80, no 87 et suiv., p. 119 et suiv.

[103] J.-L. BAUDOUIN, *op.cit.*, note 80, no 225, p. 140.

[104] C. MASSE, *loc. cit.*, note 1, 55.

[105] Ces deux visions sont maintenant critiquées (G. MASSOL, *op.cit.*, note 101, p. 28 (notion subjective); J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 80, no 89, p. 124; J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 80, nos 226 et 227, p. 141; C. MASSE, *loc. cit.*, note 1, p. 55 (notion objective) et p. 56 (notion subjective). On reproche à la première la possibilité qu'il y ait de multiples justes prix, la valeur d'un objet n'étant pas purement objective. On qualifie la seconde de notion «creuse», puisqu'elle exige un vice de consentement: les auteurs se demandent alors ce qui distingue la lésion, ainsi comprise, de l'erreur, du dol ou de la violence.

[106] *Gareau Auto c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.).

[107] Du même avis: Louis PERRET, «L'incidence de la nouvelle Loi sur la protection des consommateurs sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du Code civil», (1985) 15 *R.D.U.S.* 251, 273. Voir aussi notre discussion sur la différence entre la lésion et l'article 1437: *infra*, II.A.2.b.ii.

[108] En fait nous verrons que c'est suite à cette incapacité de la lésion que la notion de clause abusive a pris naissance. Il ne faut pas confondre ces deux notions: l'une porte sur la considération principale du contrat sur un préjudice dû à une erreur économique et rend celui-ci injuste dans son ensemble, tandis que l'autre ne porte que sur une clause accessoire au contrat. Voir: *infra*, II.A.2.b.ii.

[109] Art. 2 L.P.C.

[110] Voir l'exemple de l'arrêt *Roy caisses enregistreuses Ltée c. Majianesi*, précité, note 19. Dans cette affaire, qui portait sur la loi de 1971, un boucher avait acheté une caisse enregistreuse. La majorité de la cour avait appliqué la loi. Le juge Paré, quant à lui, avait refusé de l'appliquer en raison de la théorie de l'accessoire. Cette dernière opinion a été reprise dans la loi de 1978.

[111] *Supra*, note 93. À l'exclusion de l'article 12 qui s'applique à tous les contrats.

[112] Plusieurs autres dispositions de la loi ont pour effet de rendre certaines clauses contraires à l'ordre public (par exemple, garanties, déchéance du bénéficiaire du terme, etc.). Nous référons le lecteur intéressé au texte de F. LEBEAU, *loc. cit.*, note 70, qui est exhaustif sur ce sujet.

[113] Voir entre autres: Yvonne LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, 8e éd., Paris, Dalloz, 1992, pp. 158 et 159; Maurice PICARD et André BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, 5e éd., t. 1, par André Besson, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 68; Jean-Guy BERGERON, «L'obligation de renseignements de l'assureur», dans *La responsabilité et les assurances (1990)*, Service de la formation permanente du Barreau, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 1, à la page 6; Alain GOURD, «Le droit des assurances et la protection du

consommateur», (1972) 32 R. du B. 527, 529; Didier LLUELLES, *Droit des assurances - Aspects contractuels*, coll. «Mementos», 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1986, p. 71. De plus, plusieurs auteurs prennent l'exemple du contrat d'assurance pour illustrer la notion de contrat d'adhésion. Voir entre autres: M. TANCELIN, *Des obligations*, 4e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1988, no 47, p. 34; J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 80, no 22, p. 38. En jurisprudence: *Berthiaume c. Great West Life*, (1942) 48 R. de J. 16 (C.S.).

[114] *Infra*, II.A.1.a.

[115] Certains contrats impliquant de gros risques seront négociés: Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 112, pp. 158 et 159; Christianne DUBREUIL, «Le droit des assurances dans le *Code civil du Québec*: pas de réforme mais des ajustements», (1992)14 R.P.F.S. 395, 399.

[116] Il est interdit de déroger à ces dispositions (art. 2414 C.c.Q.) à moins de favoriser l'assuré (c'est la reprise du principe de l'alinéa 2 de l'article 2500 C.c.B.C.).

[117] À ce niveau, le *Code civil du Québec* reprend en majeure partie les principes du C.c.B.C. Voir: C. DUBREUIL, *loc. cit.*, note 114, 395.

[118] L'exigence d'un document distinct est une nouveauté du *Code civil du Québec* qui vient préciser une incertitude et qui reprend la proposition faite par le juge Letarte dans *Robitaille c. Madill*, [1983] C.S. 331; [1990]1 R.C.S. 985. Voir également *Faubert c. L'Industrielle Cie d'ass. sur la vie*, [1987] R.J.Q. 973 (C.A.); D. LLUELLES, *op. cit.*, note 112, p. 41. Le législateur a aussi ajouté à l'article 2401 C.c.Q. une disposition similaire pour l'assurance collective. Dans ce dernier cas, l'adhérent ou le bénéficiaire pourront choisir entre la version de la police et celle de l'attestation d'assurance.

[119] Art. 2403 C.c.Q. Nous constatons que ce régime est plus sévère que celui de l'article 1435 concernant les clauses externes (*Infra*, II.A.2.a.i.)

[120] L'article 2405 C.c.Q. ouvre la porte à la possibilité que soit modifié le contrat postérieurement à sa conclusion. Par contre, si cette modification réduit l'engagement de l'assureur ou augmente les obligations de l'assuré, elle doit être consentie par écrit par le titulaire de la police.

[121] Art. 2398 C.c.Q.

[122] Précité, note 65, art. 214.

[123] Par exemple, les articles 2415 et 2416 C.c.Q.

[124] *Id.*, art. 2402, al. 1.

[125] *Id.*, art. 2402, al. 2.

[126] *Id.*, art. 2441.

[127] Raymond SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, Librairie Cotillon, 1901, p. 229.

[128] *Cf.*, entre autres: DEREUX, «*Nature juridique des "contrats d'adhésion"*», (1910) 14 *R.T.D.C.* 503; R. SALEILLES, *op. cit.*, note 126, p. 229.

[129] *Cf.*, entre autres: J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 80, no 22, p. 38; A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 60, p. 161, à la page 174.

[130] Art. 1379 C.c.Q.

[131] Liberté qui, avouons-le, est théorique puisque souvent celui qui ne désire pas adhérer aux conditions proposées devra renoncer au bien ou au service faisant l'objet de ce contrat. Or, à notre époque il n'est pas évident de renoncer à l'électricité, au transport aérien, aux achats dans les commerces, etc.

[132] *Cf.*, entre autres: *Berthiaume c. Great-West Life*, précité, note 112; *Ciment Indépendant c. C.U.M.*, [1982] C.S. 1041; *Industrielle c. Bolduc*, [1979] 1 R.C.S. 481; *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499; *Zurich Ass.-vie c. Davies*, [1981] 2 R.C.S. 670; *Hunter engineering Co. c. Syncrude Canada*, [1989] 1 R.C.S. 426; *Frenette c. La Métropolitane, ass.-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647.

[133] OFFICE DE LA RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1978. Déjà dans ce document, nous observons un plus grand protectionnisme afin de sévir contre les inégalités et les dominations contractuelles. Entre autres mécanismes, nous y trouvons la reconnaissance de la lésion entre majeurs (livre V, art. 29 et 37) et l'apparition de la notion de clauses abusives (livre V, art. 76).

[134] Voici le texte de cette disposition:

«Le contrat est de gré à gré lorsqu'il a été négocié entre les parties et que les stipulations qu'il comporte résultent de concessions réciproques librement consenties. Il est d'adhésion lorsque les stipulations ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles n'en peuvent être librement discutées.»

[135] L'article 1376 prévoit:

«Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées. Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré.»

[136] Cette disposition est devenue l'article 1379 C.c.Q.

[137] *Loi no 78-23 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit*, précitée, note 13, art. 35. Voir: *supra*, I.A.1.a.

[138] En droit québécois: Louis BAUDOIN, *Droit civil de la province de Québec: Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 665; *Traité de droit civil*, t. 7, par Gérard TRUDEL, Montréal, Wilson et Lafleur, 1947, p. 55; Paul-André CRÉPEAU, «Contrat d'adhésion et contrat type», dans *Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, p. 69; A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 60, 162; G. TRUDEL, *loc. cit.*, note 61, 218; Pierre AZARD, «Le contrat d'adhésion», (1960) 20 *R. du B.* 337; Antonio PERRAULT, *Traité de droit commercial*, t. 1, Montréal, Éditions Albert Lévesque, 1936, p. 435; Angers LAROUCHE, *Les obligations*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 65; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 112, p. 34; J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 80, no 52, p. 48; J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 80, p. 38. En droit français: Henri, Léon et Jean MAZEAUD, 7<sup>e</sup> éd., par François CHABAS, *Leçons de Droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations: Théorie générale*, Paris, Éditions Montchrestien, 1985, p. 27; J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, note 25, p. 121; Alex WEILL et François TERRÉ, *Droit civil: Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1986, p. 89; Raymond SALEILLES, *op. cit.*, note 126, p. 229; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Droit civil: Les obligations, Source: l'acte juridique*, Paris, Armand Colin, 1975, p. 130; Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1935, p. 102; Julliot de la MORANDIÈRE, *Droit civil*, t. 2, Paris, Dalloz, 1957, p. 147; Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3<sup>e</sup> éd., v. 2, Paris, Recueil Sirey, 1938, p. 22; Emmanuel VERGÉ et George RIPERT (dir), *Dalloz, Encyclopédie juridique*, t. 1., Paris, Dalloz, 1951, p. 1002; René SAVATIER, *La théorie des obligations " vision juridique et économique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1969, p. 147; Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. 2, Paris, Dalloz, 1957, p. 320; Eugène GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965, p. 53; Boris STARCK, *Obligations*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, Litec, 1989, p. 48; H. BRICKS, *op. cit.*, note 5, p. 5; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil*, t. 2, 1<sup>ère</sup> partie, Paris, Sirey, 1962, p. 101; René DEMOGUE, *Traité des obligations en général: Sources des obligations*, t. 2, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 308; Alfred RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 242; Julien BONNECASE, *Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire*, Paris, Sirey, 1927, p. 227; Gérard CORNU

(dir), *Vocabulaire juridique*, 2e éd., Paris, P.U.F., 1987, pp. 24 et 203; O. SAMYN, P. SIMONETTA et C. SOGNO (dir), *Dictionnaire des termes juridiques*, Paris, De Vecchi Poche, 1988, pp. 94 et 96; Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT (dir), *Lexiques des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 1985, pp. 124 et 126; Philippe NORDMANN, *Le contrat d'adhésion: abus et remèdes*, Fribourg, Impression Offset Renggli, 1974, p. 3; G. DEREUX, *loc. cit.*, note 127, 504; Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 27; J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 4, p. 69; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 17, p. 68; Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *Traité de droit civil, Obligations*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 24; Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, 2e éd. par Paul ESMEIN, t. 6, Paris, L.G.D.J., 1952, p. 136.

[139] Les autres caractéristiques sont: la permanence de l'offre; le caractère abstrait du public visé par l'offre; la complexité du contenu; le caractère unilatéral et avantageux du contenu en faveur du stipulant; l'existence d'un monopole de fait ou de droit; l'ignorance, par l'adhérent du contenu du contrat; la rapidité dans lequel le contrat a été conclu; le caractère essentiel du bien ou du service visé; le degré d'alternative au contrat.

[140] J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 4, p. 69; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 17, p. 68; G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, note 137, p. 24; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, note 137, p. 136.

[141] Michel COIPEL, «La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile», (1990) 24 *R.J.T.* 485, 497.

[142] *Id.*, 499; Th.-M. BOURGOIGNIE, «Clauses abusives et le concept d'unconscionability en droit américain: une arme juridique efficace au service des consommateurs?» (1977) 54 *Rev. Drt. Int. et de Drt Comp.* 20, 31.

[143] M. COIPEL, *op. cit.*, note 140, 499.

[144] Il est intéressant de noter que le texte de Michel Coipel portait sur l'Avant-projet de loi. Or, la définition du contrat d'adhésion référait alors à l'ensemble des clauses du contrat et non pas seulement aux clauses essentielles. M. Coipel critiquait cette facette de la définition en se demandant quelle était la nature des contrats dans lesquels certaines clauses sont négociées et d'autres imposées. Le législateur semble avoir répondu à ses remarques avec le Projet de loi 125 en qualifiant d'adhésion les contrats hybrides dans la mesure où ses clauses essentielles ont été imposées.

[145] La nature du contrat ne dépend aucunement de la nature des contractants de sorte qu'une entente entre deux commerçants pourra être qualifiée de contrat d'adhésion. Cette caractéristique de la définition a été vivement critiquée et combattue en commission parlementaire, pour enfin

être acceptée à l'unanimité. On reprochait à la définition de mettre trop en péril la sécurité des transactions commerciales. Nous verrons que ce résultat indésirable pourra être neutralisé par l'interprétation du critère de «négociation impossible». Voir également: Claude MASSE, «Nouvelle approche des contrats commerciaux dans le futur Code civil du Québec», dans *Développements récents en droit commercial* (1992), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 117, à la page 127.

[146] J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 80, no 23, p. 39.

[147] Il était important de préciser «pour son compte ou suivant ses instructions» car plusieurs contrats d'adhésion sont également des contrats types et par conséquent sont préédigés par des tiers. Cf., J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 80, no 23, p. 39.

[148] Voir: *Commentaires du ministre de la justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, art. 1379, pp. 836 et 837.

[149] Voir au sujet de la divisibilité du contrat (art. 1438): J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 80, no 384, p. 224; en droit français: J.C.P., 1972. II., 17191, note de Jacques GHESTIN.

[150] Sur la notion d'accessoire en droit civil voir: Gilles BOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1969.

[151] Voir les critères énumérés à la note 138.

[152] Voir: *Commentaires du ministre de la justice*, *op. cit.*, note 147, art. 1379, p. 837:

«On remarquera aussi qu'est exigée l'impossibilité de discussions libres, portant sur les stipulations imposées, on évite ainsi que de véritables contrats de gré à gré ne soient interprétés comme des contrats d'adhésion parce qu'ils n'ont pas été négociés alors qu'ils auraient pu l'être.» (nous avons souligné)

Aussi voir dans le même sens le Rapport des délibérations de la Commission parlementaire dans *Journal des débats, Commission permanente des institutions*, Québec, Publications du Québec, 1992, pp. 482-484 et 1356-1357.

[153] Cf., du même avis: C. DUBREUIL, *loc. cit.*, note 14, 399; Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 112, pp. 158 et 159; D. LLUELLES, *op. cit.*, note 112, p. 71.

[154] Ce doute existera exclusivement pour les cas d'un contrat relié «à l'exploitation d'une entreprise». En effet, dans tous les cas où un consommateur sera partie contractante, que le contrat soit d'adhésion ou pas, le régime de protection sera applicable par le biais de l'article 1384. Nous pensons donc qu'il est d'autant plus important, en matière commerciale, que le principe demeure le contrat de gré à gré et qu'ainsi le pouvoir de révision judiciaire soit exclu (ou limité au droit commun).

[155] *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 6, art. 2. L'article 1384 prévoit d'ailleurs que le contrat de consommation est celui «dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur», faisant ainsi allusion, en plus de la L.P.C., à la *Loi sur les agents de voyage*, L.R.Q., c. A-10; à la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, L.R.Q., c. A-23.001: Voir Jean PINEAU, «Théorie des obligations», dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC (dir.), *La réforme du Code civil*, t. 2 «Obligations, contrats nommés», Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 33.

[156] Art. 1384 C.c.Q. Dans l'Avant-projet de loi sur les obligations, le contrat de consommation faisait l'objet d'une section propre. Cette section était en fait l'insertion de la *Loi sur la protection du consommateur* dans le Code. Ce procédé ayant été fortement critiqué, le législateur a fait demi-tour et s'est contenté d'inclure certaines dispositions spécifiques dans le Code et de conserver la *Loi sur la protection du consommateur* autonome.

[157] Voir à ce sujet, concernant la L.P.C.: *Roy Caisses Enregistreuses Ltée c. Majianesi*, précité, note 19 (dissidence du juge Paré); *Palardy c. Pavage et Aménagement Paysager Antonio Borsellino*, [1981] C.P. 177; Nicole L'HEUREUX, «L'identification du consommateur, son besoin de protection», (1979) 39 *R. du B.* 41. Voir à propos de la solution française: *supra*, I.A.1.a).

[158] On devra suivre ici les règles déjà établies par la jurisprudence. Voir: N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 84, no 27, p. 29.

[159] Albert BOHÉMIER et Pierre-Paul COTÉ, *Droit commercial général*, 3e éd., t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1985, p. 30 et suiv.

[160] N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 84, no 27, p. 27. Voir: *Brousseau c. Sirois Automobile ltée*, [1976] C.P. 503; *Bowman c. Asphalte T.M.S. Inc.*, [1982] C.S. 586.

[161] Art. 1525, al. 2 C.c.Q.

[162] Voir: C. MASSE, *loc. cit.*, note 144, p. 144 et suiv.

[163] Ces dispositions législatives (art. 1435 et 1436 C.c.Q.) viennent confirmer les efforts de la jurisprudence dans le développement de cette obligation. Voir: *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191; *Baril c. L'industrielle Cie d'assurances sur la vie*, [1991] R.R.A. 196 (C.A.); *Banque de Montréal c. Bail*, [1992] 2 R.C.S. 554.

[164] G. TRUDEL, *op. cit.*, note 137, p. 56.

[165] G. TRUDEL, *op. cit.*, note 40; Louis BAUDOIN, *op. cit.*, note 137, p. 665; P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 137, 74.

[166] Art. 1435 C.c.Q. Le principe de cette disposition est la reconnaissance que les clauses externes sont valides. C'est l'exception édictée pour les contrats d'adhésion et de consommation qui nous intéresse et qui fera l'objet de la présente section.

[167] *Garage Touchette c. Metropole Parking*, [1963] C.S. 231.

[168] *Travelers Indemnity Co. c. Société Gazifère*, [1977] C.P. 446; *Demers c. Garnier*, [1970] C.A. 484.

[169] *Canadian Transfer c. Boyce*, (1923) 34 B.R. 309; *Gagnon c. Procureur général du Québec*, [1975] C.S. 880; *Candussi c. Québécoir*, [1976] C.P. 31; *Commercial Union Ass. c. Cedrus Can.*, J.E. 84-832 (C.S.); *Safeway Parking c. Marsan*, [1976] C.A. 97.

[170] *Place Crémazie c. Migneron*, [1971] C.A. 813; *Burchmore c. Harold Commings ltd.*, [1961] C.S. 220; *Gervais c. Canadian Arena Co.*, (1936) 74 C.S. 389; *Bourret c. Lacoste*, [1956] C.S. 445; *Humbert-Droz c. Globe Parking*, [1977] C.P. 434; *Vigneault c. Hôpital Ste-Croix*, [1969] C.S. 359; *Wexler c. Paul Service stores ltd.*, [1955] C.S. 363; *Mertens c. Bob Gratton Sport inc.*, J.E. 84-391 (C.S.); *Jolicoeur c. Dominion Express Co.*, (1919) 55 C.S. 455; *Ouellet c. Carré Viger Hôtel*, (1930) 37 R.L. n.s. 202 (C.S.). Nous reviendrons sur cette jurisprudence lorsque nous aborderons l'étude de l'article 1436 C.c.Q.

[171] *Ocean accident c. Air Canada*, [1971] C.S. 98.

[172] *Traders general ins. Co. c. Leroux*, [1961] C.S. 174; *Cie de Volailles Maxi c. Empire Cold Storage*, [1987] R.R.A. 879 (C.S.); *Levy c. Ben's de luxe delicatessen and restaurant*, [1957] C.S. 95; *Commissaire du Havre de Québec c. Swift Can. Co.*, (1929) 47 B.R. 118; *Orchestre des jeunes du Québec c. Autobus Concorde*, J.E. 87-1069 (C.P.).

[173] Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats: Essai d'une théorie*, t. 221, coll. «Bibliothèque de droit privé», Paris, L.G.D.J., 1992, no 531, p. 423.

[174] Règle générale, la preuve d'une obligation de résultat se fait par la simple preuve que celui-ci a été atteint. Ici, cette preuve est impossible puisque le résultat visé est la connaissance, par l'adhérent, de la clause en litige. Ce résultat étant un état d'esprit de la partie adverse sa preuve ne sera possible que par son aveu. Il faut par ailleurs distinguer le moyen de preuve, la présomption de fait, du type d'obligation: on met en preuve les moyens utilisés pour inférer le résultat (la connaissance) et non pas pour juger si ces moyens étaient ceux d'une personne raisonnable ou non. Le juge pourra conclure que les moyens utilisés étaient ceux d'une personne diligente tout en étant d'avis que la connaissance n'existait pas. La clause, dans ce cas, devra être réputée non écrite.

[175] *Demers c. Garnier*, précité, note 167.

[176] *Anctil c. Société d'exploitation des loteries et courses*, J.E. 85-339 (C.A.), renversant [1982] C.S. 601.

[177] *Travelers Indemnity Co. c. Société Gazifière*, précité, note 167; *Pinatel Piece Dye Works c. Tex-Sales Int.*, [1969] C.S. 289; *Demers c. Garnier*, précité, note 167.

[178] Yves BOYER, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1978, p. 179 et suiv.

[179] Il est à souligner que la clause de référence ainsi que le document annexe devront respecter les critères de l'article 1436 C.c.Q. sur la lisibilité et la compréhensibilité du texte.

[180] Ainsi ces clauses ont été jugées valides dans: *Ocean accident c. Air Canada*, précité, note 170; *Traders general ins. Co. c. Leroux*, précité, note 171; *Comellas c. Stanley realty Corp.*, [1958] C.S. 716; *Lavoie c. Lesage*, (1939) 77 C.S. 150. Par contre, ont été réputées non écrites dans: *Garage Touchette c. Metropole Parking*, précité, note 166.

[181] H. BRICKS, *op. cit.*, note 5, p. 167; G. BERLIOZ, *op. cit.*, note 137, p. 60; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 17, no 306; André ROBERT, «Une source mineure de droits civils: Les affiches et les écriteaux», J.C.P. 1958, Doctrine, 1458.

[182] A. ROBERT, *loc. cit.*, note 180.

[183] *Canadian Transfer c. Boyce*, précité, note 168; *Gagnon c. Procureur général du Québec*, précité, note 168 ; *Candussi c. Québécois*, précité, note 168; *Commercial Union ass. c. Cedrus Can.*, précité, note 168; *Safeway Parking c. Marsan*, précité, note 168.

[184] Art. 1435 C.c.Q. Voir *Commentaires du ministre de la justice*, *op. cit.*, note 147, art. 1435, p. 870.

[185] *Commercial Union ass. c. Cedrus Can.*, précité, note 168. En droit français voir: H. BRICKS, *op. cit.*, note 5, p. 51; J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 4, p. 78; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 137, no 186, p. 127; Y. BOYER, *op. cit.*, note 177, p. 211 et suiv.

[186] Voir la revue de la jurisprudence de Y. BOYER, *op. cit.*, note 177, p. 217.

[187] *Commercial Union ass. c. Cedrus Can.*, précité, note 168. C'est également la solution de la théorie générale des obligations: art. 1394 C.c.Q.; J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, no 44, note 80.

[188] Citation prise dans: A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 60, 166.

[189] Voir G. TRUDEL, *op. cit.*, note 137, p. 56.

[190] *Supra*, jurisprudence citée aux notes 167, 168 et 170.

[191] *Burchmore c. Harold Commings Ltd.*, précité, note 169; *Gervais c. Canadian Arena Co.*, précité, note 169; *Bourret c. Lacoste*, précité, note 169; *Humbert-Droz c. Globe Parking*, précité, note 169; *Vigneault c. Hôpital Ste-Croix*, précité, note 169; *Wexler c. Paul Service stores Ltd.*, précité, note 169; *Mertens c. Bob Gratton Sport inc.*, précité, note 169; *Jolicoeur c. Dominion Express Co.*, précité, note 169; *Ouellet c. Carré Viger Hôtel*, précité, note 169.

[192] Art. 25 L.P.C. Il faut par ailleurs signaler que le législateur est venu spécifier, dans le règlement d'application, certaines normes de présentation que doivent avoir les contrats (gros caractère, encre, etc.). Voir: *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, précité, note 77, art. 26 et suiv.

[193] En droit aérien la question de lisibilité des clauses sur le billet de transport a fait couler beaucoup d'encre. La Cour suprême des États-Unis a jugé, dans l'affaire *Lisi c. Alitalia* (1967-1969) 10 AVI 18151) qu'une clause annonçant une limitation de responsabilité imprimée en

caractères «point 4 1/2» équivalait à l'absence de clause. Cet arrêt a été suivi par certaines autres décisions (entre autre la Cour suprême de New-York dans *Stolk c. Compagnie Nationale Air France* reproduit dans Michel POURCELET, *Jurisprudence, États-Unis*, [1972] *R.G.A.* 91, 92). Au Canada, un arrêt de la Cour suprême n'a pas suivi l'arrêt Lisi (*Ludecke c. Lignes aériennes Canadien Pacifique*, [1979] 2 R.C.S. 630) et un autre l'a suivi (*Montréal Trust c. Lignes aériennes Canadien Pacifique*, [1977] 2 R.C.S. 793). Sur cette question voir: Jean PINEAU, *Transport aérien international " De l'art d'éviter l'application d'une législation internationale qui déplaît*, (1977) 37 *R. du B.* 665.

[194] Une pratique qui pourrait être jugée suffisante pour opposer le contenu des clauses insérées au verso, serait celle prévue à l'article 26 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, précité, note 77.

[195] HARDING, «The standard automobile Insurance Policy: A study of its readability», (1967) 34 *J.Risk & Ins.* 39 cité dans: Jean-Guy BERGERON, «Les divergences entre la police et la proposition " le contenu du contrat " les intermédiaires d'assurances " la déclaration initiale du risque l'aggravation du risque, droit des assurances», (1985) 45 *R. du B.* 773, 786.

[196] Si l'on ne comprend pas, on doit s'informer. Si l'on ne s'informe pas, peut-on venir, *a posteriori*, se plaindre de la clause? Cette dialectique sera étudiée un peu plus loin, lorsque l'on discutera de l'obligation qu'a l'adhérent de s'informer.

[197] H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, note 137, p. 446; A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, note 137, p. 404; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 112, p. 255; J. PINEAU, *op. cit.*, note 80, p. 434; Paul-André CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique ou Des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 7 et suiv.

[198] Cf., entre autres: *Oeuvre des terrains de jeux de Québec c. Cannon*, (1940) 69 B.R. 112, 114; *O'Hearn c. Estrada*, J.E. 84-449 (C.A.).

[199] André TUNC, «Fondements juridiques de la responsabilité médicale " étendue et limites " la responsabilité civile», dans *Deuxième Congrès international de morale médicale*, t. 1, 1966, p. 23, citation prise dans: P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 196, p. 62, note 3-8.

[200] Certains voient, dans l'utilisation du critère de la personne raisonnable, un danger en ce sens qu'un texte incompréhensible, *in abstracto*, mais compris par l'adhérent, pourra être annulé ( voir: Adrian POPOVICI, «Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion», [1992] *Mem. Mer. Lect.* 137, 144). Cette crainte ne nous apparaît pas justifiée car cette disposition législative existe afin de s'assurer qu'un consentement non éclairé soit sanctionné. Par conséquent, si la clause, dans les faits, a été comprise, les tribunaux n'auront pas d'autre choix que d'appliquer celle-ci.

[201] Par ailleurs, parions qu'un texte non compris du juge, sera aussi déclaré incompréhensible pour l'adhérent.

[202] Art. 1419 et 1420 C.c.Q. Cela implique également que l'adhérent pourra confirmer cette clause potentiellement nulle. Voir: *Garcia Transport ltée c. Royal Trust Co.*, précité, note 131, 528 et suiv.

[203] Malgré la non-exigence, à l'article 1435 C.c.Q., de preuve de préjudice, le même raisonnement doit être appliqué pour conclure que seul l'adhérent peut demander la nullité d'une clause externe.

[204] Dans le Projet de loi 125, cette partie de l'article 1436 C.c.Q. (art. 1432 du Projet de Loi 125) se lisait ainsi: «à moins que l'autre partie ne prouve que la clause a été expressément portée à l'attention du consommateur ou de l'adhérent et que lui ont été données des explications adéquates sur sa nature et son étendue». Nous pouvons en déduire qu'il existait deux défenses distinctes: pour la clause illisible le stipulant devait prouver qu'il avait expressément attiré l'attention de l'adhérent sur celle-ci (reconnaissance du principe de connaissance effective) et, dans le cas de la clause incompréhensible, qu'il avait donné des explications adéquates. Seule la défense d'explications adéquates existe dans le texte définitif. Ce changement n'a aucune incidence. Si la clause est illisible et compréhensible, le stipulant pourra se défendre en démontrant qu'il a porté cette clause à l'attention de l'adhérent. Si la clause, en plus d'être illisible, est incompréhensible le stipulant devra alors prouver qu'il a donné des explications adéquates (ce qui inclut évidemment le fait d'avoir porté la clause à la connaissance de l'adhérent).

[205] Et ce, malgré le fait que l'on ne mentionne pas, à l'article 1436 C.c.Q., le fait que l'information doit être donnée «au moment de la formation du contrat» (mention présente à l'article 1435 C.c.Q.). Voir du même avis: A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 199, 146.

[206] M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, note 172, p. 406.

[207] *Id.*, p. 423.

[208] Nous avons donc deux conclusions distinctes: l'obligation de renseignement de l'article 1435 est de résultat; celle de l'article 1436 de moyen. Cela est doublement logique: 1) La connaissance est un fait objectif, tandis que la compréhensibilité est subjective et peut être difficile à percevoir; 2) Les textes de ces articles sont différents. L'article 1435 prévoit que le stipulant doit démontrer qu'il a *expressement porté la clause à la connaissance de l'adhérent ou du consommateur* (cela réfère clairement à la preuve d'un résultat) tandis que l'article suivant est à l'effet que le stipulant doit prouver qu'il a donné des explications *adéquates* (référence à la qualité des explications et non au résultat obtenu).

[209] Dominique DENIS, «La clause de style», dans *Études en l'honneur de Jacques Flour*, Paris, Defrénois, 1979, p. 117.

[210] Cette obligation de se renseigner est reconnue par la jurisprudence et la doctrine. Voir entre autres: B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 95, 1062 et la jurisprudence qui y est citée. Aussi, cet *obiter* du juge Gonthier dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, précité, note 162: «[c]ependant, j'ajouterais qu'il ne faut pas donner à l'obligation de renseignement une portée telle qu'elle écarterait l'obligation fondamentale qui est faite à chacun de se renseigner et de veiller prudemment à la conduite de ses affaires».

[211] Nous n'avons pas, lors de l'étude des clauses externes, abordé cette notion. On ne peut effectivement pas exiger d'un adhérent qu'il s'informe sur une clause qui, n'apparaissant pas sur le contrat, ne lui est pas connue.

[212] Voir: B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 95, 1062 et 1063, et la jurisprudence citée par l'auteure.

[213] Il faut spécifier également que le défaut, par l'adhérent, de s'informer, peut constituer une erreur inexcusable, type d'erreur qui n'est plus considérée comme un vice de consentement (art. 1400, al. 2 C.c.Q.). Voir à ce sujet la dissidence du juge Pigeon dans l'arrêt *Agricultural Chemicals ltd c. Boisjoli*, [1972] R.C.S. 278, 284. Le stipulant pourra, selon les faits, utiliser cette défense.

[214] Voir: art. 1013-1021 C.c.B.C. et art. 1425-1432 C.c.Q.

[215] G. TRUDEL, *op. cit.*, note 137, p. 304.

[216] Voir entre autres: *Daoust c. La Cie d'assurances Elite*, [1969] C.S. 377; *Guardian c. Victoria Tire Sales Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 849; *Frenette c. La Métropolitaine*, [1992] 1 R.C.S. 647; *Zurich Ass. Vie c. Davies*, [1981] 2 R.C.S. 670; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler*, [1980] 1 R.C.S. 888.

[217] *L'Industrielle c. Bolduc*, [1979] 1 R.C.S. 481, 493; *Frenette c. La Métropolitaine*, précité, note 215, 667.

[218] A. POPOVICI, *op. cit.*, note 199, p. 149.

[219] Expression de G. RIPERT puisée dans: J. GHESTIN, *op. cit.*, note 17, p. 673.

[220] Voir par exemple: la *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 6, aux articles 10 et suiv., ou encore, en matière de bail de logement les articles 1664 C.c.B.C. et suiv. Particulièrement l'article 1664.11 C.c.B.C. qui prévoit la nullité d'une clause déraisonnable. Pour une revue de la jurisprudence " peu nombreuse " sur cette disposition: Pierre-Gabriel JOBIN, *Traité de droit civil " Le louage de choses*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, no 170, p. 415 et suiv.

[221] Les tribunaux interviennent de deux façons: par le contrôle du consentement (voir la jurisprudence concernant les clauses de non-responsabilité, *supra*, II.A.2.a.i.); par la notion d'ordre public. Sur cette seconde méthode: les clauses de non-concurrence (voir J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 80, no 101, p. 78 et la jurisprudence citée par l'auteur; Louis PERRET, «Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle», (1980) 11 *C. de D.* 537, 564); les clauses d'exclusivité (voir Brigitte LEFEBVRE, *Les clauses d'exclusivité dans les contrats de distribution de biens et de services*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1988, p. 90 et suiv.) ou encore certaines clauses pénales (Chantal PERREAULT, *Les clauses pénales en droit québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988).

[222] Par exemple, abordent le problème: J. PINEAU, *op. cit.*, note 80, p. 40; G. TRUDEL, *op. cit.*, note 61, 227-231; Daniel JACOBY, «Le contrôle des pratiques illégales et irrégulières au regard de la politique de protection des consommateurs», (1986) 46 *R. du B.* 183, 192; Maurice TANCELIN, «La mesure des principaux changements proposés en matière contractuelle», (1988) 29 *C. de D.* 865, 875; Nicole L'HEUREUX, «La réforme du droit des obligations " La protection du consommateur», (1988) 29 *C. de D.* 1083, 1092; Pierre-Gabriel JOBIN, «La réforme du droit des obligations " Prospective générale», (1989) 30 *C. de D.* 557, 573; L. PERRET, *loc. cit.*, note 220, 562.

[223] Voir *supra*, I.A.

[224] A. POPOVICI, *op. cit.*, note 199, pp. 150 et 151; D. JACOBY, *loc. cit.*, note 221, p. 198; Jacques GHESTIN, *Le contrat: Principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Université McGill, 1982, p. 298; L. PERRET, *loc. cit.*, note 106, 298; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 17, p. 540.

[225] Le professeur Popovici, dans son texte sur les contrats d'adhésion et le *Code civil du Québec*, après avoir distingué en théorie les deux notions, écrit qu'il n'est pas certain que le législateur québécois ait voulu cette distinction si nette entre la lésion et les clauses abusives. Il prend l'exemple d'un contrat ne contenant que la clause du prix, et se demande si les tribunaux pourraient intervenir et annuler le prix déraisonnable par le truchement de la notion de clause abusive. Il conclut en se demandant si le législateur n'a pas «au fond, rétabli la notion de lésion entre majeurs, en la limitant aux contrats de consommation et d'adhésion, même s'il intervient au niveau de la force obligatoire et du contenu du contrat et non au niveau d'un vice de consentement?» (A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 199, 151).

Cette question est fondamentale afin de voir comment sera interprétée la notion de clause abusive. Nous sommes d'avis que le législateur était conscient de la distinction fondamentale entre les deux notions et qu'il la désirait. D'ailleurs, si nous référons à l'Avant-projet de loi sur les obligations, la lésion entre majeurs était alors sanctionnée (art. 1449) et la notion de clause abusive reconnue (art. 1484). Dans le Projet de loi 125, le législateur a retiré la reconnaissance de la lésion entre majeurs mais a conservé le concept de clauses abusives. Il est alors clair que ces deux notions sont différentes pour le législateur québécois puisqu'elles co-existaient dans l'Avant-projet. Il ne faut pas alors faire fi de cette réalité pour transfigurer la notion survivante et y faire jouer le rôle de la notion défunte. Cette solution étant la nôtre, le problème du professeur Popovici se résout: ce contrat est lésionnaire puisque la disproportion porte sur la globalité de celui-ci, il ne pourra donc pas être révisé par l'article 1437 C.c.Q.

[226] Voir entre autres: H. BRICKS, *op. cit.*, note 5, p. 8; J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, note 25, p. 134; *Loi no 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services*, précitée, note 13, art. 35. Contrairement à cette loi la définition québécoise ne contient pas le critère de puissance économique. Ce critère, plus subjectif n'était pas utile puisqu'il est indirectement présent par la référence que fait l'article 1437 C.c.Q. aux contrats d'adhésion et de consommation.

[227] Qui est une des rares différences entre la définition québécoise et les autres définitions que nous avons rencontrées.

[228] A. POPOVICI, *op. cit.*, note 199, p. 152; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 223, p. 308; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 17, p. 602; H. BRICKS, *op. cit.*, note 5, p. 113.

[229] Cette partie avait été qualifiée par la Cour d'appel de lésion objective: *Gareau auto c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, précité, note 105.

[230] H. BRICKS, *op. cit.*, note 5, p. 113; B. STARCK, *op. cit.*, note 137, p. 269.

[231] Par ailleurs tous les déséquilibres peuvent avoir des incidences économiques. Ainsi, une clause attributive de compétence par exemple, a un impact économique indirect.

[232] H. BRICKS, *op. cit.*, note 5, p. 113; B. STARCK, *op. cit.*, note 137, p. 269.

[233] Il ne faut pas, par ailleurs, exiger que le contrat soit lésionnaire pour sanctionner une clause. En fait, il s'agit de s'assurer qu'une clause abusive, prise isolément, le soit toujours dans le contrat entier. Il suffit de voir si cette clause n'est pas neutralisée par une deuxième. En conséquence, une clause de non-garantie demeurera abusive même si l'acheteur a obtenu un certain rabais puisqu'en cas de défectuosité du bien acheté, ce rabais ne constitue pas un remède à l'exclusion de garantie.

À l'opposé, une clause de résiliation unilatérale pourra être un facteur mitigeant la sévérité de la clause d'exclusion de garantie dans la mesure où le consommateur pourra mettre fin au contrat (dépendant des modalités de la clause de résiliation).

[234] Voir au sujet de la bonne foi et l'article 1437 C.c.Q.: A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 199, 152 et suiv.

[235] Il est à noter que plusieurs de ces clauses, «clairement» abusives sont réglementées par le *Code civil du Québec*: art. 1474, 1475, 1733, 1900 et 2084 (clause de non-responsabilité); art. 1623-1901 (clause pénale); art. 1905 (clause de déchéance du bénéfice du terme); art. 1906 (clause de réajustement de loyer); art. 1801 (clause de dation en paiement); art. 2089 (clause de non-concurrence); art. 2092 (clause de renonciation d'indemnité en cas de congédiement).

[236] Par exemple, la clause similaire à celle de l'affaire *Frenette c. La Métropolitaine* (précité, note 215) demandant à l'assuré de permettre à l'assureur de prendre connaissance de son dossier médical.

[237] Pour voir une liste des clauses abusives les plus importantes voir: H. BRICKS, *op. cit.*, note 5, p. 6 et suiv.

[238] Voir du même avis: A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 199, 154, note 62.

[239] Il est fortement à espérer que ce ne soit pas le cas, car, vue ainsi, l'interprétation qui en résulterait risquerait d'être exagérément restrictive.

[240] À l'origine, cette théorie ne s'appliquait qu'aux contrats de vente, elle est maintenant étendue aux autres types de contrats. Voir au sujet du *fundamental breach of contract*: H. BRICKS, *op. cit.*, note 5, p. 40; G. BERLIOZ, *op. cit.*, note 137, p. 116; P.J. COOKE et D.W. OUGHTON, *The common law of obligations*, Londres, Butterworths, 1989, p. 383; A.G. GUEST (dir.), *Chitty on contracts*, 26e éd., Londres, Sweet et Maxwell, 1989, no 958; G.H.L. FRIDMAN, *The law of contract in Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1986, p. 528 et suiv.; N. L'HEUREUX, *loc. cit.*, note 221, 1092; MEYER, «Contracts of adhesion and the doctrine of fundamental breach», (1964) 50 *Va. L. Rev.* 1178.

[241] Définition de Lord Diplock dans l'affaire *Photo Production Ltd. c. Securior Transport Ltd.*, [1980] 1 All. E. R. 556 (H.L.), rapportée dans G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 239, p. 531.

[242] *Davis c. Chrysler Canada Ltd.*, (1977) 26 N.S.R. (2d) 410 (N.S.S.C.).

[243] *Bartock c. Patrician School of Personal Arts ltd.*, (1977) 2 B.L.R. 275 (C.A. Ont.). Le fait que le tribunal ait considéré qu'il y avait un *fundamental breach of contract* et non une simple inexécution a donné le résultat que l'école a dû remettre tout ce que le client avait payé et non pas seulement la proportion équivalente au cours qu'il n'avait pas reçu.

[244] A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 199, 154, note 62; Pierre-Gabriel JOBIN, «La révision du contrat par le juge dans le Code civil», dans Ernest CAPARROS, *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Éditions Wilson et Lafleur, 1993, p. 399, aux pages 415 et 416.

[245] Robert E. KEETON, «Insurance law rights at variance with policy provisions», (1970) 83 *Harvard L. R.* 961.

[246] R. DEMOGUE, *op. cit.*, note 137, p. 311.

[247] G. BERLIOZ, *op. cit.*, note 137, p. 68.

[248] C'est de cette façon qu'un tribunal français s'est pris pour déclarer inopposable une clause attributive de compétence: Cour d'appel de Bourges, 4 février 1963, D. J. 239.

[249] Claude BELLEAU, «L'harmonisation du droit civil et de la common law en droit des assurances au Québec», (1991) 32 *C. de D.* 972, 980; Jean-Guy BERGERON, *Les contrats d'assurance "Lignes et entre lignes*, t. 1, Sherbrooke, Éditions SEM, 1989, p. 112 et suiv. En jurisprudence, voir entre autres: *Hadley Shipping Co. c. Eagle Star Insurance*, J.E. 80-566 (C.S.); *Les ateliers Martin Pardiac c. Le Groupe Desjardins Assurances générales*, [1991] R.R.A. 158 (C.Q.); *Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445; *Banque Nationale de Grèce c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029; *Le Groupe commerce Compagnie d'assurances c. Service d'entretien Ribo Inc.*, J.E. 92-1432 (C.A.).

[250] Art. 1484, al. 2:

«Est abusive toute clause qui, dans l'exécution du contrat, désavantage l'une des parties d'une manière excessive et déraisonnable ou la prive de ses attentes légitimes».

[251] Les commentaires du ministre suggèrent la même conclusion: «soit parce qu'elles sont déraisonnables envers la partie la plus vulnérable, soit parce qu'elles vont à l'encontre du régime prévu par la loi ou *escompté* par cette partie au contrat» (nous avons souligné). *Commentaires du ministre de la justice*, *op. cit.*, note 147, art. 1437, p. 872.

[252] Voir: *supra*, I.A.

[253] Maurice TANCELIN, «La justice contractuelle: Expérience et perspective au Québec», (1978) 30 *Rev. Int. Drt Comp.* 1009, 1016.

[254] (Ci-après cité: «U.C.C.»). Nous ne ferons que présenter sommairement ce sujet, qui est en soi énorme. Le lecteur intéressé aura avantage à lire le texte de synthèse suivant: Th-M. BOURGOIGNIE, *loc. cit.*, note 141, 20. Voir également: G. MASSOL, *op. cit.*, note 101, p. 92 et suiv.

[255] Voici le texte de l'article 2-302 U.C.C.:

«If the Court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made, the Court may refuse to enforce the contract or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid unconscionable result.

When it is claimed or appears to the Court that the contract or any clause thereof may be unconscionable, the parties should be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the Court in making the determination».

[256] Th.-M. BOURGOIGNIE, *loc. cit.*, note 141, 23.

[257] *Id.*, 25.

[258] *Id.*

[259] *Id.*, 26.

[260] *Id.*, 27.

[261] *Id.*

[262] Cette présence de la théorie de l'attente raisonnable dans l'article 2-302 U.C.C. nous donne une raison supplémentaire de croire que l'alinéa 2 de l'article 1437 C.c.Q. réfère à cette théorie.

[263] Th.- M. BOURGOIGNIE, *loc. cit.*, note 141, 37.

[264] *Id.*, 40.

[265] *Id.* Nous ne pensons pas, comme nous l'avons déjà expliqué, qu'une telle interprétation soit possible avec le texte québécois. En effet, dans le texte américain, une clause ou le contrat peut être jugé déraisonnable. Il est donc possible de sanctionner la clause essentielle du contrat. Cela se rapproche alors de la notion de lésion plus que de celle de clause abusive.

[266] Voir: *supra*, II.A.2.a.ii.

[267] Ce qui est prévu à l'article 2-302 U.C.C. mais pas aux articles 1435 et 1436 C.c.Q. Ce qui est logique puisque ces articles visent à sanctionner des clauses qui n'ont pas été consenties. Or, le tribunal ne peut réduire une clause qui n'a pas été voulue par une des deux parties: elle doit être annulée.

[268] Voir: A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 199, 156, qui élabore sur cet aspect et qui relève les difficultés qui pourront être rencontrées.

[269] G. TRUDEL, *loc. cit.*, note 61, 226.

[270] P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 22, 573.

[271] Lorsque nous avons étudié les différentes méthodes curatives (voir: *supra*, I.A.1) nous avons conclu que la méthode purement législative, celle retenue ici, était en définitive la pire des solutions envisageables.

[272] Voir du même avis, concernant la loi française sur les clauses abusives: Jacques GHESTIN, *supra*, note 37.

[273] Nous soulignons l'importance de conserver en mémoire, tout au long de cette section, que nous discutons maintenant de contrats librement négociés et que, par conséquent, l'intervention judiciaire doit être acceptée avec prudence. Il ne faudra pas que les tribunaux interviennent trop souvent, car cela risquerait de troubler la sécurité des contrats. De plus, le fait que le législateur ait prévu des règles sanctionnant les clauses abusives dans certains contrats démontre bien sa volonté de ne pas permettre la *révision* judiciaire de ceux où il n'a rien prévu; la suppression du concept de lésion, prévu dans l'Avant-projet sur les obligations en est une illustration éclatante. Les tribunaux devront donc se limiter aux notions existantes en droit commun sans les utiliser comme façade à un rééquilibrage des contrats. Par ailleurs, dans les cas où il y a mauvaise foi ou dol par réticence les tribunaux ne devront pas craindre, malgré la nature véritablement consensuelle du contrat, d'intervenir pour sanctionner la clause «abusive».

[274] Art. 1400 C.c.Q.

[275] Voir: H. BRICKS, *op. cit.*, note 5, no 280, p. 186.

[276] J. PINEAU et D. BURMAN, *op.cit.*, note 80, no 62, p. 90 et suiv.

[277] Voir: Philippe NORDMANN, *op. cit.*, note 137, no 48, p. 69, à la note 261.

[278] Nullité relative: art. 1407, 1419, 1421 et 1422 C.c.Q.

[279] M. TANCELIN, *op. cit.*, note 112, no 127, p. 68.

[280] Art. 1401 C.c.Q.

[281] J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 80, no 174, p. 119.

[282] G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, note 137, no 180, p. 75; G. MARTY, D. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, note 137, no 156, p. 155; J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 80, no 176, p. 126 et suiv.; J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 80, no 75, pp. 101 et 102.

[283] Cf., entre autres: *Dominion Restaurant Inc. c. Dominion Restaurant et Bar-B-Q Inc.*, [1976] C.A. 738. Le juge Jacques écrit, à la page 739: «Cet article exige donc des manoeuvres dolosives ou frauduleuses, c'est-à-dire des moyens malhonnêtes mis en oeuvre dans le but de circonvenir une personne. Ces moyens peuvent être soit positifs, tel le mensonge, soit négatifs, tel la réticence»; *Gosselin c. Péloquin*, [1957] R.C.S. 15; *Habitations Bougainville inc. c. Aluminium Luc Fauteux*, J.E. 91-247 (C.Q.); *Creighton c. Grynspan*, [1987] R.J.Q. 527 (C.A.); *Cyr c. Boucher*, [1987] R.J.Q. 2079 (C.S.); *Leguerrier c. 149819 Canada inc.*, [1991] R.D.I. 761 (C.S.); *Gallant c. Michaud*, [1991] R.D.I. 531 (C.Q.)

[284] Art. 1401, al. 2 C.c.Q.

[285] Il faut par ailleurs garder en mémoire l'obligation des contractants de se renseigner.

[286] Le «bon dol» est, par exemple, le pieux mensonge du vendeur de qui l'on n'attend pas qu'il

dévoile tous les défauts de son bien. Cette distinction se rarifiera considérant l'exigence, maintenant explicite, de la bonne foi tant dans la formation que dans l'exécution du contrat (art. 1375 C.c.Q.), ce qui inclut une obligation de renseignement de plus en plus sévère.

[287] B. STARK, *op. cit.*, note 137, no 1368, p. 427; H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, note 137, no 195, p. 179; Cass. Com., 14 mars 1972, D. S. I. 653 note de J. GHESTIN et le traité du même auteur, *op. cit.*, note 17, no 440 et suiv., p. 483 et suiv. Au Québec, voir: J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 80, no 76, pp. 103 et 104; J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 80, nos 182, p. 123 et suiv.; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 112, no 133, p. 71.

[288] Art. 1401 C.c.Q.: «[...] ou aurait contracté à des conditions différentes».

[289] J. GHESTIN, *op. cit.*, note 17, no 440, p. 483.

[290] Art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.

[291] [1981] 2 R.C.S. 339. Voir aussi parmi une vaste jurisprudence: *Drouin c. Electrolux Canada ltée*, [1988] R.J.Q. 950 (C.A.); *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429; *Lac Minerals ltd c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *B.N.C. c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, précité, note 162.

[292] Voir à ce sujet, l'étude dans la thèse de P. NORDMANN, *op. cit.*, note 137, aux nos 70 et suiv., p. 107 et suiv.

[293] *Id.*, no 75, p. 107 et suiv.

[294] Art. 13 C.c.B.C. (art. 8 C.c.Q.). Il est à noter que, dans le *Code civil du Québec*, le législateur ne reprend pas la notion de «bonnes moeurs», mais seulement celle d'ordre public.

[295] J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 80, no 120, p. 172.

[296] C'est ce que l'on appelle l'ordre public de protection. Il existe aussi un ordre public de direction. La distinction entre ces deux notions est très mince et n'est pas vraiment pertinente à notre étude. Nous référons donc les lecteurs à: J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 80, no 103, p. 82.

[297] *Cf.*, entre autres, la *Loi sur la protection des consommateurs*, précitée, note 6, aux articles

261 et 262; la législation sur les assurances (voir à cet effet l'article 2414 C.c.Q. qui déclare d'ordre public une bonne partie des articles du Code civil sur les assurances).

[298] J. GHESTIN, *op. cit.*, note 17, no 100, p. 92.

[299] *Cf.*, entre autres: *Cameron c. Canadian Factors Corp.*, [1971] R.C.S. 148 commenté par Angers LAROUCHE, (1972) 3 R.G.D. 310. Voir une liste plus exhaustive des causes portant sur ce sujet dans: J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 80, no 101, p. 77, à la note 39.

[300] B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 220, p. 90 et suiv.

[301] (Ci-après cité: «B.G.B.») «Est nul tout acte juridique contraire aux bonnes moeurs. Est notamment nul tout acte juridique par lequel une personne - en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui - se fait promettre ou accorder à elle-même, soit à une autre personne, en contre-partie d'une prestation, des avantages patrimoniaux qui excèdent la valeur de cette prestation à un point tel que - compte tenu des circonstances - ces avantages patrimoniaux sont disproportionnés avec la prestation d'une manière choquante.»

[302] L'expression «bonnes moeurs» n'est pas réellement différente de celle «d'ordre public». En fait les bonnes moeurs sont souvent vues comme une branche de l'ordre public (J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 80, no 98, p. 76).

[303] Voir à ce sujet: G. MASSOL, *op. cit.*, note 101, p. 32 et suiv.; A. RIEG, *op. cit.*, note 137, no 1948 et suiv., p. 297 et suiv. Dans son texte, Rieg conclut ainsi à la page 209: «L'acte lésionnaire est nul parce qu'il est contraire aux bonnes moeurs [...]».

[304] Voir à ce sujet l'étude de la jurisprudence faite par P. NORDMANN, *op. cit.*, note 137, aux nos 66 et suiv., p. 95 et suiv.

[305] Un arrêt assez récent, qui a donné beaucoup plus d'importance à la situation factuelle dans laquelle le contrat avait été formé qu'aux prestations mutuelles, nous illustre particulièrement bien cette conception élargie de l'article 138 B.G.B. (P. Nordmann, *op. cit.*, note 137, no 67, p. 96) le résume ainsi:

«Les motifs, repris en tête de l'arrêt, révèlent que les conditions générales étaient "nombreuses", "difficilement compréhensibles", "dépourvues de divisions", si bien que [...] "le cocontractant ne pouvait, avant la signature du document, être au clair sur la portée juridique de chacune des clauses". L'atteinte aux moeurs réside donc avant tout dans les circonstances de la formation du lien contractuel. Les conditions générales peuvent être frappées de nullité du fait que l'adhérent s'engage en aveugle, car, dit le tribunal, "précisément parce que les conditions générales ne tirent

pas leur force obligatoire de la négociation, mais bien de la soumission du client que l'efficacité doit leur être refusée lorsque les règles qu'elles fixent sont incompatibles avec la bonne foi". Ce serait mettre à trop rude épreuve que d'exiger de lui qu'il examine tout le contenu du document avant de signer et qu'il soit au clair sur la portée juridique de chaque clause.»

[306] *Id.*

[307] *Id.*, no 67, p. 97.

[308] Il y a par ailleurs des dispositions du *Code civil du Québec* qui déclarent abusives certaines clauses spécifiques, se rapprochant ainsi de la liste noire (art. 1474, 1475, 1623, 1733, 1801, 1900, 1901, 1905, 1906, 2084 et 2089 C.c.Q.). La liste grise, quant à elle, manque complètement.

-----