

Les Cahiers de droit

Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion

Marc Lemieux



Volume 42, numéro 3, 2001

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043678ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043678ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lemieux, M. (2001). Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion. *Les Cahiers de droit*, 42(3), 841–872. <https://doi.org/10.7202/043678ar>

Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion*

Marc LEMIEUX**

	<i>Pages</i>
1 Les premiers litiges impliquant des contrats d'adhésion	843
2 La portée limitée des articles 1435, 1436 et 1437 du <i>Code civil du Québec</i>	854
3 Quelques controverses relatives à la sanction des clauses abusives dans les contrats d'adhésion	862
3.1 La reconnaissance du contrat d'adhésion	862
3.2 La reconnaissance des clauses abusives	868
Conclusion	871

L'expression « contrat d'adhésion » est née en France, un siècle après la codification de 1804. La constatation générale fut alors que la définition du contrat comme un accord de volontés convenait mieux à certains contrats qu'à d'autres. Cela suscita un débat sur l'opportunité de modifier le *Code civil français* pour combattre les effets les plus rigoureux des contrats d'adhésion. Ce débat ne donna toutefois lieu à aucune modification législative et le contrat d'adhésion est demeuré, il l'est encore aujourd'hui,

* Ce texte a fait l'objet d'une publication dans *Les Cahiers de Droit*, vol. 41, n° 1, p. 61-94. Toutefois, il a été préparé à partir d'une conférence présentée dans le contexte du Forum international des juristes francophones et c'est pourquoi nous le publions à nouveau dans les actes de ce dernier.

** Avocat, McCarthy Tétrault

assujetti, en principe, au régime général des contrats du *Code civil français*. C'est également un siècle après la codification de 1866 que commença à être remise en question, au Québec, l'application du régime général des contrats aux contrats d'adhésion. Contrairement au législateur français, le législateur québécois jugea opportun de créer, au moment de l'adoption du *Code civil du Québec*, un régime d'exception pour ce type de contrat. Ce régime est composé d'une définition (art. 1379 C.c.Q.), d'une règle spéciale d'interprétation (art. 1432 C.c.Q.) et de règles particulières pouvant priver d'effet les clauses externes, les clauses illisibles et les clauses abusives des contrats d'adhésion (art. 1435, 1436 et 1437 C.c.Q.).

Nous nous penchons dans le présent texte sur trois aspects de la réglementation du contrat d'adhésion en droit civil québécois. Dans la première partie, nous examinons quelques litiges qu'il est possible de considérer comme parmi les premiers se prononçant sur l'effet de contrats reconnus de nos jours à titre de contrats d'adhésion. Il s'agit de cas impliquant des pénalités stipulées dans les règlements d'atelier, des clauses de déchéance ou de prescription dans les contrats d'assurance et des clauses d'exonération de responsabilité dans les contrats de transport. En l'absence de dispositions permettant de faire exception au principe de la force obligatoire des conventions, les tribunaux refusaient tout de même de donner effet aux clauses produisant des résultats excessifs en présence d'une preuve que celles-ci n'avaient pas été portées à la connaissance de la partie contre laquelle le plaignant les invoquait. Cette réaction des tribunaux donne un certain poids à l'opinion que le *Code civil du Bas Canada* privait ceux-ci des moyens requis pour assurer un véritable équilibre entre la force obligatoire des conventions et ce qui est appelé à l'heure actuelle l'« équité » ou la « justice contractuelle ». En revanche, la décision du législateur français de laisser le régime général des contrats continuer de s'appliquer aux contrats d'adhésion nous rappelle que la solution retenue par le législateur québécois ne constituait qu'une des réponses possibles au phénomène du contrat d'adhésion. Dans la deuxième partie, nous examinons le processus de la réforme du droit des contrats en 1994 et de l'adoption du régime du *Code civil du Québec* relatif au contrat d'adhésion (et de consommation). Ainsi, il était question à l'origine de combattre de façon générale l'usage du contrat comme instrument d'exploitation et de contrôler les clauses abusives dans tous les contrats. Cette proposition a été écartée au profit d'un régime sanctionnant les clauses abusives dans les contrats d'adhésion (et de consommation) seulement. Le régime du contrat d'adhésion apparaît donc comme un compromis législatif plutôt que l'aboutissement d'une analyse juridique. Quelle caractéristique du contrat d'adhésion permet, en effet, de réduire ou d'annuler les clauses abusives qu'il contient ? L'hypothèse avancée à ce sujet est que l'intervention du tribunal se justifierait pour

pallier le consentement déficient de l'adhérent, à qui l'autre partie impose sa volonté. Nous nous interrogeons sur le bien-fondé de cette explication et retenons que le législateur a cherché à atteindre un nouvel équilibre entre la force obligatoire des conventions et la justice contractuelle, sans toutefois créer un climat hostile à la sécurité des transactions commerciales. Dans la troisième partie, nous nous penchons sur quelques controverses relatives à la portée du régime de contrôle des clauses abusives dans les contrats d'adhésion. Selon le *Code civil du Québec*, un contrat est dit d'adhésion lorsque son rédacteur n'admet pas la discussion des éléments importants du contrat. L'article 1437 C.c.Q. permet aux tribunaux de refuser de donner effet à la clause d'un contrat semblable qui confère un avantage excessif ou déraisonnable à son rédacteur. En l'absence d'un fondement théorique clair pour la réglementation du contrat d'adhésion, les tribunaux éprouvent une difficulté bien compréhensible à interpréter l'article 1437 C.c.Q. Nous examinons plus particulièrement trois questions témoignant de cette difficulté : 1) un contrat peut-il être qualifié de contrat d'adhésion si l'adhérent n'est pas en position de faiblesse à l'égard du rédacteur ? 2) l'article 1437 C.c.Q. peut-il priver d'effet une clause raisonnable produisant une solution jugée abusive par le tribunal dans les circonstances d'un cas donné ? 3) l'article 1437 C.c.Q. peut-il priver d'effet une clause d'exonération de responsabilité dont le caractère exécutoire serait établi, dans les circonstances d'un cas donné, par l'article 1474 C.c.Q. ?

1 Les premiers litiges impliquant des contrats d'adhésion

La paternité de l'expression « contrat d'adhésion » est attribuée à l'auteur français Saleilles. Celui-ci employait cette expression pour distinguer un certain type de contrat des contrats qui font véritablement ressortir une volonté commune :

Sans doute, il y a contrats et contrats [...]. Il y a de prétendus contrats qui n'ont de contrat que le nom [...] que l'on pourrait appeler, faute de mieux, les contrats d'adhésion, dans lesquels il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même¹.

Saleilles exprimait l'opinion que ce type de contrat ne peut faire l'objet d'une interprétation au moyen de la recherche d'une volonté commune, l'interprétation devant s'en faire comme celle d'une loi. Il souhaitait de plus

1. R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique*, Paris, 1901, pp. 229-230.

que le contrat d'adhésion fasse l'objet du « pouvoir et supplétif du juge », pour être appliqué conformément à ce qu'exige la bonne foi².

Le commentaire de Saleilles a été à l'origine de plusieurs ouvrages subséquents qui se sont penchés plus en détail sur le phénomène du contrat d'adhésion. Un ouvrage de 1907, la thèse de Georges Fortier, mérite de s'y attarder, car elle contient une intéressante description des clauses abusives en France à cette époque. Il s'y trouve aussi, assez étonnamment, une proposition de réforme qui s'apparente à la proposition faite au Québec par l'Office de révision du Code civil (ORCC) en 1977. Comme d'autres de ses contemporains, Fortier constatait que le contrat d'adhésion ne collait pas parfaitement à l'idée des contrats contenue dans le *Code civil français* : si « le législateur de 1804 a eu en vue des volontés de forces égales³ », il n'a pas pu prévoir « le mécanisme de volontés simplement juxtaposées, ne discutant plus d'égal à égal, mais dont l'une est prépondérante par le fait d'une situation économique qui lui donne pouvoir d'imposer ses conditions et dont l'autre n'a qu'à s'inquiéter par une acceptation pure et simple sans possibilité de débattre ses propres intérêts⁴ ». Pour Fortier, le contrat d'adhésion avait trois caractéristiques principales : il était fait par l'une des parties, il comportait une série de clauses accessoires sur lesquelles ne se portait pas l'attention, et la partie de laquelle il provenait bénéficiait d'une situation absolument prépondérante. Le contrat d'adhésion pouvait donc donner lieu à des abus, puisque la partie en position de force pouvait imposer à l'autre des conditions excessives. Fortier déplorait l'absence de moyens dans le *Code civil français* permettant aux juges de refuser l'application d'une clause donnant lieu à des abus semblables et il réclamait une réforme législative.

C'est surtout dans le contrat de travail et le contrat d'assurance que Fortier trouvait des exemples de clauses résultant de l'abus d'une situation dominante. Il mentionnait les billets de théâtre et les règlements d'exposition qui étaient « de véritables contrats d'adhésion⁵ », mais il expliquait ne pas s'y intéresser puisque la nécessité qu'ont de les conclure le spectateur et l'exposant est moins urgente et qu'il convient de « présumer suffisante leur liberté d'esprit pour examiner la convention à eux proposée et peu probable aussi l'insertion de clauses véritablement léonines ou rigoureuses⁶ ». Il indiquait aussi les billets de chemin de fer et les contrats de transport

2. *Id.*, pp. 230-231.

3. G. FORTIER, *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, Dijon, 1909, p. 5.

4. *Ibid.*

5. *Id.*, p. 16.

6. *Ibid.*

maritime, mais il écarta l'étude des premiers, car l'État réglementait les chemins de fer, ce qui empêchait un juge de conclure que l'insertion de clauses excessives dans ces billets était le résultat d'un abus par le transporteur de sa situation dominante. Fortier s'attarda plutôt aux cas d'abus suivants : dans le contrat de travail, les clauses octroyant un salaire dérisoire à l'employé et celles qui sanctionnent par une amende excessive une infraction aux règlements d'atelier ; dans le contrat d'assurance, les clauses entraînant la déchéance de l'assurance dans tous les cas de réticences et celles qui imposent une courte prescription à l'assuré.

Ces exemples sont étonnants et suscitent une réflexion. Il est certain que le marché du travail de la fin du XVIII^e siècle a donné lieu à des abus, et c'est précisément afin de les sanctionner que de nombreux pays ont adopté des lois spéciales en vue de réglementer les rapports individuels et collectifs de travail et d'établir des conditions minimales pour les emplois. Il semble également assuré que les considérations propres à ce domaine l'empêcheraient d'être réglementé de façon appropriée par l'ajout au *Code civil français* de dispositions permettant aux juges d'intervenir dans les contrats d'adhésion. Ce commentaire vaut également pour l'assurance. Les particularités de ce domaine sont telles que le contrat d'assurance ne serait pas réglementé de manière satisfaisante par l'ajout de dispositions semblables. Il est vrai qu'en l'absence de législation particulière le principe de la force obligatoire des conventions contraignait parfois les tribunaux à donner effet à des clauses pouvant produire des résultats excessifs, mais les abus mis en évidence par Fortier appellent sans doute plus une réforme du droit du travail et une réforme du droit de l'assurance qu'une réforme du droit général des contrats.

Cette mise en garde étant faite, il est intéressant de souligner que Fortier préconisait l'adoption d'un texte analogue à l'article 138 du *Code civil allemand*, le texte dont l'étude par Saleilles a conduit à la reconnaissance du contrat d'adhésion. Cette disposition prévoyait ce qui suit⁷ :

Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul.

Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté d'esprit ou l'inexpérience d'un autre, tire profit de la situation, en ce que celui-ci lui promette ou lui assure de toute autre façon, à lui ou à un tiers, pour une prestation par lui faite, des avantages de valeur patrimoniale, qui excèdent la valeur de la prestation fournie, de telle façon qu'en tenant compte des circonstances, les avantages qui en forment l'équivalent soient par rapport à cette prestation dans une disproportion choquante.

7. R. SALEILLES, *op. cit.*, note 1, p. 251.

Fortier jugeait insuffisants les moyens dont disposaient à l'époque les juges pour corriger les abus résultant de la pratique du contrat d'adhésion. Un de ces moyens était de scruter avec attention la compénétration des volontés des parties. En l'absence d'un accord de volontés, il n'existait aucun contrat. « Mais », nota Fortier avec prescience, « l'on sait à quelles difficultés pratiques se heurteraient l'ouvrier ou l'assuré qui voudraient tenter la preuve de ce désaccord des volontés, et combien serait la plupart du temps illusoire le remède ainsi préconisé⁸. » L'autre moyen était de juger le contrat à la lumière de l'ordre public : « [m]ais les clauses d'un règlement d'atelier ou d'un contrat d'assurance ne heurtent pas de front, même lorsqu'il en résulte de notoires abus, l'ordre public à sauvegarder »⁹. Il ne restait pour Fortier que l'adoption d'un texte analogue à l'article 138 du *Code civil allemand*, c'est-à-dire un texte rétablissant la lésion entre majeurs. Et Fortier d'ajouter que cette solution débordait le « champ restreint » du contrat d'adhésion et pouvait servir à d'autres hypothèses ; son application serait peut-être plus fréquente en matière de contrats d'adhésion, mais elle concernerait tous les contrats : « En définitive, c'est une extension de la notion d'usure qui serait nécessaire », une extension de cette notion à « tous les cas d'abus par un individu de la situation de gêne ou de besoin de son cocontractant »¹⁰.

Il est intéressant de constater qu'au Québec à la fin du XIX^e siècle les tribunaux étaient aux prises avec le même type de situation que celles qui ont été décrites par Fortier¹¹. À l'instar des patrons français, leurs homologues québécois affichaient des règlements dans l'usine. Comme en France, ces règlements ont donné lieu à des litiges au Québec. Dans l'affaire *Martineau c. Angers*¹², jugée devant la Cour de circuit de Montréal en 1872,

8. G. FORTIER, *op. cit.*, note 3, pp. 194-195.

9. *Id.*, p. 195.

10. *Id.*, pp. 196-197.

11. Dans N. CROTEAU, *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, l'auteure écrit (p. 27) : « Les codificateurs de 1866 n'ont pas reconnu, ou ne connaissaient pas, et même ne pouvaient prévoir cette réalité juridique du contrat d'adhésion. » La jurisprudence à l'étude dans cette partie de notre texte permet d'apporter une nuance à cette opinion. Deux des trois commissaires étaient juges au moment de leur nomination (R.-E. Caron, juge à la Cour d'appel, et A.N. Morin, juge à la Cour supérieure) ; le troisième (C.D. Day), avocat de formation, était recteur de l'Université McGill lors de la rédaction du *Code civil du Bas Canada*. Il est logique de penser que les commissaires connaissaient certaines décisions de la jurisprudence de l'époque à l'égard des règlements d'atelier, et des contrats d'assurances et de transport, sinon de la pratique contractuelle de l'époque en matière d'emploi, d'assurance et de transport, d'autant que les deux derniers contrats faisaient l'objet de leurs travaux.

12. *Martineau c. Angers*, (1872) 4 R.L. 71 (Cour de circuit).

une employée avait quitté son travail sans donner d'avis et réclamait cinq jours et demi de salaire. L'employeur contesta l'action en s'appuyant sur une disposition du règlement d'atelier stipulant que toute personne qui laissait son emploi dans le cours de la semaine sans donner huit jours d'avis perdait l'argent qui lui était alors dû. À l'audition, il fut établi que l'employée avait connaissance du règlement et que son départ avait retardé la confection d'ouvrages commandés à l'employeur. La Cour a rejeté l'action : « S'il est juste que le maître traite bien son employé, il est aussi juste que l'employé suive les règlements qui sont faits pour la bonne administration des affaires d'une manufacture.¹³ » Dans l'affaire *City of Montreal c. Durand*¹⁴, jugée en 1882, une employée avait quitté son emploi de tisseuse sans donner l'avis de quinze jours requis par le règlement d'atelier. Son patron se prévalut des dispositions d'un règlement municipal sanctionnant l'abandon d'un emploi. La Cour du recorder condamna l'employée à une amende de 10 \$ et à une peine d'emprisonnement de huit jours. Si la pratique est aujourd'hui de considérer comme abusives les dispositions des règlements d'atelier dont il est ici question, que dire de ce règlement municipal ! Autre temps, autres mœurs...

Dans l'affaire *Augé c. Dominion Wadding Co.*¹⁵, jugée en 1888, la Cour de circuit se montra plus clément et trouva le moyen de ne pas donner effet à une disposition semblable d'un règlement d'atelier. Le demandeur réclamait dix jours de travail après avoir quitté son emploi sans préavis. Son action fut accueillie, « la preuve démontrant qu'il a quitté le service sans avis préalable parce qu'il était malade¹⁶ ». D'autres dispositions de règlements d'atelier ont donné lieu à des litiges. Dans l'affaire *Boyer c. Slater*¹⁷, jugée en 1889, le règlement d'atelier prévoyait que si l'employé arrivait plus de cinq minutes en retard, il perdait le salaire d'un quart de journée. L'employé était ainsi arrivé en retard deux fois dans la même semaine et l'employeur avait offert de payer le salaire de la semaine moins celui d'une demi-journée de travail. La Cour de magistrat déclara valable l'offre de l'employeur. Enfin, dans l'affaire *Sigouin c. Montreal Woolen Mills*¹⁸, jugée en 1890, l'employée réclamait une semaine de salaire que l'employeur refusait de lui payer, invoquant un règlement imposant une pénalité d'une semaine à tout employé qui s'absentait sans permission. La

13. *Ibid.*

14. *City of Montreal c. Durand*, (1882) 5 L.N. 363 (Cour du recorder).

15. *Augé c. Dominion Wadding Co.*, (1888) 11 L.N. 138 (Cour de circuit).

16. *Ibid.*

17. *Boyer c. Slater*, (1889) 13 L.N. 274 (Cour de magistrat).

18. *Sigouin c. Montreal Woolen Mills*, (1890) 14 L.N. 2 (Cour de magistrat).

Cour de magistrat a accueilli l'action au motif que les employés ne peuvent être soumis aux pénalités prévues dans les règlements d'atelier « à moins qu'il ne soit prouvé qu'ils connaissaient la teneur de ces règlements¹⁹ ». Trois témoins produits par l'employée avaient indiqué au tribunal que, étant au service de la compagnie depuis plusieurs années, ils n'avaient jamais su que ces règlements existaient et que la compagnie n'avait jamais attiré leur attention sur les pénalités qu'ils comportaient. Il est connu de nos jours que l'article 1435 C.c.Q. considère comme nulle la clause externe d'un contrat d'adhésion (ou de consommation) qui n'a pas été portée à la connaissance de l'adhérent (ou du consommateur) au moment de la formation du contrat, et dont l'adhérent (ou le consommateur) n'avait pas par ailleurs connaissance. À la lumière de la jurisprudence décrite ci-dessus qui privait d'effet les clauses des règlements d'atelier n'ayant pas été portées à la connaissance de l'employé, il convient de prendre avec un grain de sel l'affirmation des *Commentaires du ministre de la Justice*, selon lesquels l'article 1435 C.c.Q. serait « de droit nouveau²⁰ ».

En matière d'assurance aussi les tribunaux québécois ont fait face aux cas donnés en exemple par Fortier comme à des cas d'abus. Contrairement à la situation qui régnait en France, les tribunaux québécois avaient élaboré une règle, inspirée en partie par la doctrine anglaise et américaine, voulant que les réticences non frauduleuses de l'assuré ne donnaient pas lieu à la déchéance de l'assurance lorsqu'elles ne modifiaient pas le risque de l'assureur. Cette règle a été confirmée par l'article 2487 C.c.B.C. en 1866²¹. Les tribunaux ne donnaient donc pas effet aux clauses stipulant de façon mécanique la déchéance dans tous les cas de réticences. En revanche, les clauses imposant un court délai de prescription à l'assuré ont donné lieu à plusieurs litiges. L'affaire *Wilson c. The State Fire Insurance Co.*²², jugée en 1862, mettait en cause une police déclarant irrecevable toute réclamation faite plus de six mois après le sinistre. La Cour supérieure a refusé de donner effet à cette clause, jugeant que « there was no prescription of six months in the law of the land, which was the law the Court was bound

19. *Ibid.*

20. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les publications du Québec, 1993, p. 870.

21. Les codificateurs expliquent dans leur rapport que l'article 2487 C.c.B.C. établissait des règles sur l'assurance communes au droit de tous les pays « quoiqu'en France on les ait interprétées et mises en force moins rigoureusement qu'en Angleterre et aux États-Unis » : *Rapports des codificateurs*, 6^e rapport, Québec, George E. Desbarats, 1865, p. 243 ; *Wilson c. The State Fire Insurance Co.*, (1862) 12 R.J.R.Q. 178 (C.S.).

22. *Wilson c. The Sate Fire Insurrance Co.*, précité, note 21.

to follow²³ ». Dans l'affaire *Cornell c. The Liverpool & London Fire & Life Insurance Co.*²⁴, jugée en 1869, la Cour d'appel a donné une autre direction à la jurisprudence :

The condition on the policy is express that the action must be brought within 12 months next after the loss has occurred. In the present instance, one year and 9 months had elapsed after the occurrence of the fire before the action was instituted. The Court has nothing to do with the severity of the application of the strict rule established by the condition of the policy, that is the business of the parties. They made their contract in that sense and they must abide by the consequences.

Par la suite, la jurisprudence a donné effet à des causes semblables prescrivant les recours de l'assuré par trois²⁵ et douze²⁶ mois. En 1908, la *Loi sur les assurances* a établi à douze mois le délai de prescription applicable aux assurances, malgré toute stipulation contraire²⁷. Il est ainsi permis de penser que le législateur de 1908 aurait estimé abusif un délai de moindre durée. Ces clauses relatives à la prescription font penser à celles qui imposent à l'assuré l'obligation de donner un avis de sinistre à l'intérieur d'un court délai. Les tribunaux ont donné effet à des clauses exigeant un avis écrit immédiat²⁸ en matière d'assurance de personnes ou un avis écrit dans un délai de 30 jours²⁹ en fait d'assurance de dommages. Aujourd'hui, le *Code civil du Québec* impose l'exigence d'un avis dans un délai de 30 jours suivant le sinistre en matière d'assurance de personnes³⁰ ainsi qu'un avis immédiat du sinistre dans les cas d'assurance de dommages, l'assureur ne pouvant se prévaloir de la déchéance de ce dernier type d'assurance que s'il subit un préjudice en raison de l'avis tardif³¹. L'exigence d'un avis immédiat en matière d'assurance de personnes, déjà sanctionnée par les tribunaux, apparaîtrait vraisemblablement abusive à l'heure actuelle.

23. *Id.*, 181.

24. *Cornell c. The Liverpool & London Fire & Life Insurance Co.*, (1869) 18 R.J.R.Q. 511 (C.A.), 514-515.

25. *Armstrong c. The Northern Insurance Co.*, (1881) 4 L.N. 77 (C.S.); *Simpson c. Caledonian Insurance Co.*, (1893) 2 B.R. 209 (C.A.). L'article 2184 C.c.B.C. interdisait de renoncer d'avance à la prescription non acquise. Les tribunaux ont toutefois jugé que cette disposition n'était pas d'ordre public et qu'elle n'invalidait pas les clauses imposant un court délai de prescription à l'assuré.

26. *Rousseau c. La Compagnie d'assurance royale*, (1885) 8 L.N. 331 (C.S.).

27. *Loi sur les assurances*, L.Q. 1908, c. 69, art. 199 (2). Ce délai de douze mois pouvait être étendu à dix-huit mois avec la permission du Tribunal.

28. *Young c. Accident Insurance Co. of North America*, (1891) 20 R.C.S. 280.

29. *Whyte c. Western Assurance Co.*, (1879) 7 R.L. 106 (C.P.).

30. C.c.Q., art. 2435.

31. C.c.Q., art. 2470.

Les contrats de transport se sont aussi avérés des terrains fertiles pour la contestation de clauses contraires aux intérêts de la partie privée du droit de les discuter. Avant de citer quelques affaires, il est utile de préciser ce qui suit. En premier lieu, l'article 1676 C.c.B.C.³² réglementait les avis par lesquels les transporteurs cherchaient à exclure leur responsabilité. Cette disposition avait un double effet : elle empêchait le transporteur de s'en prévaloir s'il n'apportait pas la preuve que la personne lésée en avait connaissance, et même dans les cas où une telle preuve était faite, la clause ne pouvait exonérer le transporteur des dommages causés par sa faute. En second lieu, certains contrats de transport étaient contrôlés en vertu d'une réglementation plus générale de l'industrie du transport. Par exemple, le formulaire de « live stock special contract » en litige dans l'affaire *Canada Pacific Railway Co. c. Parent*³³ avait été approuvé par la Commission des chemins de fer. Ce contrat exonérait la compagnie de chemins de fer de tout dommage occasionné aux personnes accompagnant le bétail durant le transport³⁴. Une question maintes fois débattue dans des contextes variés portait sur la validité des clauses d'exonération de responsabilité figurant à l'endos d'un connaissement pour des marchandises ou d'un billet remis au passager. Dans l'affaire *Glengoil Steamship Co. c. Pilkington*³⁵, des panneaux de vitre avaient été transportés par bateau à vapeur, de la Hollande au Canada. Les transporteurs n'acceptaient d'amener d'un lieu à un autre de la vitre qu'à condition d'obtenir une exonération de responsabilité³⁶. Au terme d'une traversée de cinq semaines, une partie de la vitre avait été

-
32. L'article 1676 C.c.B.C. se lisait comme suit : « Les avis par les voituriers de conditions spéciales limitant leur responsabilité, ne lient que les personnes qui en ont connaissance ; et nonobstant tels avis et la connaissance que l'on peut en avoir, les voituriers sont responsables lorsqu'il est prouvé que le dommage a été causé par leur faute ou celle de ceux dont ils sont responsables. »
33. *Canada Pacific Railway Co. c. Parent*, [1917] A.C. 195 (C.P.), infirmant (1915) 51 R.C.S. 234.
34. L'endos du laissez-passer signé par Parent, dont le contenu avait été approuvé par la Commission, se lisait comme suit : « Each of us, the undersigned, having charge of live stock mentioned on the face hereof, in consideration of the Canadian Pacific Railway Company's live stock transportation contract, agree with the Company, while traveling on this pass, to assume all risk of accident or damage to person or property, and that the Company shall be entirely free from all liability in respect to any damage, injury or loss to any of us or the property of any of us, whether such accident, injury, damage, or loss is caused by the negligence of the Company or its servants or employees or otherwise howsoever. »
35. *Glengoil Steamship Co. c. Pilkington*, (1897) 28 R.C.S. 146.
36. Le connaissement dans cette cause contenait la clause suivante : « Glass is carried only on condition that the ship and railway companies are not liable for any breakage that may occur, whether from negligence, rough handling or any other cause whatsoever. »

détruite. La preuve établit que les dommages étaient imputables à la façon dont les marchandises avaient été placées dans la cale au moment de l'embarquement. La Cour suprême s'était montrée disposée à conclure que l'article 1676 C.c.B.C. portant sur les « avis » n'empêchait pas que par contrat le passager exonère le transporteur de sa responsabilité³⁷ :

Far from prohibiting such a contract, this article 1676 implies that it is a perfectly licit one. It certainly does not take away the right to expressly agree to a limitation of this liability. On the contrary, it impliedly admits it, for, if it did not exist, this enactment as to notices would altogether be a superfluous one. It merely enacts that there will be no implied contract from a notice limiting the carrier's liability even when that notice is known to the shipper, so that, without an express contract, the full liability of the carrier must be given effect to, notwithstanding such a notice and knowledge thereof by the shipper. It is not given as a new law, and nothing in the report of the codifiers gives room for the contention that an express contract of this nature was intended to be prohibited by this enactment.

L'affaire n'a pas été tranchée sur cette question ni d'ailleurs sur la mise de côté de la jurisprudence constante de la Cour d'appel du Québec³⁸, selon laquelle des clauses d'exonération de responsabilité dans les connaissements étaient contraires à l'ordre public. La Cour suprême s'est plutôt placée sur le terrain de l'interprétation restrictive et a jugé que la clause litigieuse ne concernait que la responsabilité survenant à l'occasion du transport et non celle qui était imputable à un arrimage fautif. Un juge avait établi, antérieurement à l'affaire *Glengoil*, que, pour tirer avantage des clauses d'exonération contenues dans un connaissement, le transporteur devait prouver que le titulaire du connaissement en avait connaissance et

Les propos suivants d'un témoin dans cette affaire font encore sourire aujourd'hui. Ce témoin avait transporté la vitre dans le port d'expédition, du quai où les marchandises étaient arrivées au quai de la *Glengoil* :

Q. Do you know that these cases had to be shipped on the terms of the Bills of Lading of the Columbia Ligne ?

A. Yes.

Q. Do you know that these Bills of Lading contain the clause « glass is carried only on condition that the ship is not liable for any breakage that may occur, whether from negligence, rough handling or any other cause whatsoever ».

(Objection)

A. Yes. I am aware that all Bills of Lading bear this clause but I consider it illegal.

Q. When you ship glass as agent for a steamer, do your Bills of Lading bear the same clause ?

A. Yes.

37. *Glengoil Steamship Co. c. Pilkington*, précité, note 35, 156-157.

38. *Richelieu & Ontario Navigation Co. c. Fortier*, (1894) 5 C.S. 139 ; *Great North Western Telegraph Co. c. Laurence*, (1892) 1 B.R.1. ; *Mongenais c. Allen*, (1892) 1 B.R. 184 ; *Gauthier c. Canadian Pacific Railway Co.*, (1893) 3 B.R. 136.

avait consenti à ces clauses³⁹. Après l'affaire *Glengoil*, les transporteurs continuèrent de prétendre que la remise d'un ticket contenant une clause d'exonération de responsabilité constituait un « contrat » échappant à la portée de l'article 1676 C.c.B.C. La jurisprudence rejeta cet argument dans plusieurs cas, dont celui de l'affaire *Israël c. Champlain Coach Lines Ltd.*⁴⁰, jugée par la Cour supérieure en 1939 : « It is elementary to say that the exemption so sought must have been called to the attention of the other contracting party, and even have been accepted by him, before the effect of the conditions of limitation becomes effective. One cannot agree without knowing (984 C.C.)⁴¹. » En somme, s'agissant d'un « avis » visé dans l'article 1676 C.c.B.C. ou d'un « contrat », la personne lésée n'était pas liée par une clause dont elle ignorait l'existence et qu'elle n'avait pas acceptée. Toutefois, l'application de ce critère ne s'est pas toujours réalisée sans difficulté. Dans l'affaire *Parent* jugée en 1897, le passager avait signé un laissez-passer dont l'endos contenait une clause d'exonération de responsabilité en faveur de la compagnie de chemins de fer. Des témoins avaient vu le passager discuter avec des représentants de la compagnie sans toutefois pouvoir affirmer que ces derniers lui avaient expliqué cette condition. Celui-ci mourut lors d'un accident du train à bord duquel il circulait. Ses héritiers poursuivirent la compagnie, qui leur opposa la clause. La Cour suprême jugea que la signature du passager ne prouvait pas son acceptation des conditions à l'endos de la passe : « To draw an inference that this illiterate French Canadian, who only spoke or knew enough English to take and carry out orders connected with his work in taking care of cattle and tending them ; who could not read in either language nor write anything beyond his own name, knew or could have known the nature of the document he was signing, is something I must decline to do⁴². » Le Conseil privé renversa cette conclusion, estimant que dans les circonstances la compagnie de chemins de fer s'était suffisamment acquittée de son obligation de permettre au passager de comprendre les conditions du transport au moment de la signature⁴³.

39. Voir, par exemple, *Delorme c. Canadian Pacific Railway Co.*, (1888) 11 L.N. 106 (Cour de circuit).

40. *Israël c. Champlain Coach Lines Ltd.*, (1939) 77 C.S. 145. Voir aussi la jurisprudence citée dans cette cause ainsi que *Gracie c. Canada Shipping Co.*, (1895) 8 C.S. 472 (Cour de révision).

41. *Israël c. Champlain Coach Lines Ltd.*, précité, note 40, 148.

42. *Canada Pacific Railway Co. c. Parent*, précité, note 33, 246-247 (motifs du juge Davies, cité dans R.C.S., 242-250).

43. *Id.*, 204-205 (cité dans les A.C.).

Malgré cet étonnant parallèle entre la jurisprudence québécoise de la fin du XVIII^e siècle et la jurisprudence française de la même époque, le lecteur cherche en vain des indices de la reconnaissance du contrat d'adhésion dans les ouvrages de Pierre-Basile Mignault ou de François Langelier. Pourtant, s'ils s'étaient penchés sur la question, ces auteurs auraient, comme Fortier, constaté que l'ordre public ne permettait pas de tempérer l'effet des clauses abusives des contrats d'adhésion et que l'unique solution pour les tribunaux à l'époque était de conclure à l'ignorance de la clause litigieuse par la partie contre laquelle l'autre partie tentait de faire valoir ses dispositions. Les tribunaux n'avaient à leur disposition que les outils du consensualisme pour lutter contre les excès de celui-ci ! Cette technique, déjà employée comme nous l'avons vu à l'égard des règlements d'atelier et des contrats de transport, fut finalement généralisée à d'autres types de contrats aujourd'hui désignés par l'expression « contrats d'adhésion ». Par exemple, dans l'affaire *Royal Electric Co. c. Dupéré*⁴⁴, jugée en 1899, une clause d'un contrat d'éclairage interdisait aux consommateurs de permettre un usage non autorisé du courant électrique sous peine de payer une pénalité de 100 \$. Une autre clause du même contrat permettait à la compagnie d'interrompre le courant en cas de défaut de paiement par le consommateur et d'imposer le paiement d'une somme additionnelle à titre de dommages. Dupéré avait permis à un voisin d'utiliser les appareils de la compagnie pendant un jour ou deux. Il prétendait ignorer que cet usage était contraire aux stipulations du contrat. Dupéré témoigna que ces stipulations, imprimées à l'endos du contrat, ne lui furent jamais expliquées. La Cour supérieure rejeta l'action intentée par la Compagnie en paiement des pénalités :

It is proved by the plaintiff's agent who got the defendant's signature to the two contracts that defendant did not read the conditions printed on the back and that they were not explained to him ; that he was promised and expected to receive from plaintiff's office a copy ; that he never received any copy nor any notification of acceptance of the contract by the plaintiff except the installation of his lights [...] I hold defendant was not in fault and was not liable to any penalty, and that in consequence plaintiff had no right to cut off his current on the pretence that such penalty was not paid⁴⁵.

L'expression « contrat d'adhésion » est apparue plusieurs années après cette décision en 1946, dans un volume du *Traité de droit civil du Québec* de l'auteur Trudel. Celui-ci soulignait que les règles de la pollicitation, applicables aux contrats en général, étaient requises pour chacune des clauses accessoires des contrats d'adhésion, ces clauses « qui sont à

44. *Royal Electric Co. c. Dupéré*, (1899) 17 C.S. 534.

45. *Id.*, 537-538.

l'avantage exclusif de la corporation qui offre au public un contrat d'adhésion». Pour Trudel, « une personne ne saurait être liée juridiquement par aucune clause spéciale dont elle n'a pas eu connaissance, à laquelle donc elle aurait été incapable de consentir [...] la protection du public, le caractère tout spécial des contrats d'adhésion et surtout les réquisitions essentielles du consentement pour obliger l'autre contractant, exigent qu'on limite l'engagement aux objets dont tous ont eu connaissance⁴⁶ ». Fortier avait déjà conclu que la doctrine éventuellement préconisée par Trudel « serait la plupart du temps illusoire »⁴⁷ et qu'une réforme du *Code civil français* s'imposait. La réforme souhaitée par Fortier ne s'est jamais réalisée. Les contrats d'adhésion continuent, en France, d'être assujettis au régime général des contrats du *Code civil français*, qui donne à l'équité et à la justice contractuelle une importance comparable à celle que leur accordait le *Code civil du Bas Canada*. La solution retenue par le législateur québécois de 1994 ne constituait qu'une réponse parmi plusieurs possibles au phénomène de l'abus dans les contrats d'adhésion, d'autant que la jurisprudence avait considérablement ajouté aux moyens dont disposaient les tribunaux et les justiciables pour combattre efficacement les excès de la force obligatoire des contrats⁴⁸.

2 La portée limitée des articles 1435, 1436 et 1437 du *Code civil du Québec*

À la fin des années 70, l'ORCC a proposé une importante réforme du droit des contrats, pour remédier au problème des clauses abusives. Sa proposition était de reconnaître la lésion entre majeurs et de permettre la réduction judiciaire des clauses abusives dans tous les contrats, une proposition que Fortier aurait sans doute appréciée. L'article 37 du *Projet de Code civil*⁴⁹ énonçait ce qui suit : « La lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre et entraîne une disproportion sérieuse entre les prestations du contrat. La disproportion sérieuse fait présumer l'exploitation. »

46. G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, pp. 57-58.

47. G. FORTIER, *op. cit.*, note 8 et le texte s'y rapportant.

48. Nous songeons ici à la « découverte » de l'article 1024 C.c.B.C. et de l'obligation d'agir de bonne foi : P.-A. CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1 et *Banque canadienne nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339. Voir également, pour un résumé des débats au sein de la doctrine québécoise sur la force obligatoire du contrat d'adhésion : N. CROTEAU, *op. cit.*, note 11, pp. 37-40.

49. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Éditeur officiel, 1977 (ci-après cité : « *Projet de Code civil* »).

L'article 38 ajoutait que la lésion, comme les autres vices de consentement, donnait à la victime le droit de demander la réduction de ses obligations « si les circonstances le justifient ». L'article 40 permettait au tribunal de maintenir le contrat dont le plaignant demandait la nullité pour cause de lésion, « si le défendeur offre une réduction de sa créance ou un supplément monétaire équitable ». Dans ses *Commentaires sur le projet de Code civil*, l'ORCC a expliqué que la reconnaissance de la lésion avait pour objet de combattre les abus résultant de l'usage des contrats comme instruments « d'une véritable exploitation d'un contractant par l'autre, en raison de certaines situations d'infériorité dans lesquelles l'une des parties peut se trouver (infériorité économique, inexpérience, sénilité, etc.). Il en est souvent aussi, pour ne mentionner que deux exemples, dans les contrats à contenu prédéterminé et dans les contrats d'adhésion⁵⁰. » Retenons de cette explication que l'ORCC estimait qu'une mesure applicable à tous les contrats était requise parce que des contrats qui ne sont pas d'adhésion ni à contenu prédéterminé pouvaient servir d'instruments d'exploitation. L'article 76 du *Projet de Code civil* sanctionnait les clauses dans tous les contrats : « La clause abusive d'un contrat est annulable ou réductible. » Cette disposition, selon l'ORCC, s'inspirait « de certaines législations modernes visant à contrer l'exploitation des parties au contrat⁵¹ », c'est-à-dire les législations permettant la réduction des clauses rendant le contenu d'un prêt excessif ou la réduction des clauses abusives dans les contrats de consommation. Enfin, le *Projet de Code civil* comportait des règles particulières autorisant l'interprétation des clauses rédigées par une des parties « en faveur de celle qui est appelée à y adhérer » (art. 69) et privant d'effet les clauses externes qui n'étaient pas « d'usage courant » et dont la partie contre qui l'autre partie voulait l'invoquer n'avait pas connaissance (art. 25).

La proposition de l'ORCC se démarquait de façon radicale du droit alors en vigueur au Québec et ailleurs en Amérique du Nord par sa généralité d'application. Au Québec, la réduction judiciaire des obligations lésionnaires existait, par exception à la règle du *Code civil du Bas Canada*, en matière de coût d'emprunt⁵² et de contrats de consommation⁵³. Dans les

50. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Commentaires*, t. 2, Québec, Éditeur officiel, 1977, p. 614 (ci-après cités : « *Commentaires sur le Projet de code civil* »).

51. *Id.*, p. 625.

52. Art. 1040-1040e C.c.B.C., ajoutés au *Code civil du Bas Canada* en 1964 par la *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, L.Q. 1964, c. 67.

53. Art. 8-9 *Loi sur la protection du consommateur*, L.Q. 1978, c. 9. Voir aussi J.L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 235, pour d'autres mesures d'équité semblables à la lésion promulguées par des lois spéciales.

autres provinces canadiennes et aux États-Unis, des lois particulières permettaient le contrôle par les tribunaux des contrats lésionnaires en matière de coût d'emprunt et de contrats de consommation. Ces lois étaient complétées par des principes d'*equity* applicables de façon plus générale à d'autres situations contractuelles⁵⁴. Aux États-Unis, des dispositions de l'*Uniform Commercial Code* permettaient en outre la révision des clauses lésionnaires dans les contrats de vente⁵⁵.

Dans son *Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*⁵⁶, le gouvernement a restreint de façon importante la proposition de l'ORCC en vue de reconnaître la lésion entre majeurs. L'article 1449 de l'*Avant-projet de loi* a apporté à la proposition contenue dans l'article 37 du *Projet de Code civil* une exception pour exclure la lésion d'un grand nombre de transactions commerciales : « La lésion ne peut être invoquée que par une personne physique et seulement si l'obligation n'est pas contractée pour l'utilité ou l'exploitation d'une entreprise. »

De plus, l'*Avant-projet de loi* a limité aux contrats d'adhésion seulement la proposition de l'ORCC permettant la réduction des clauses abusives et a formé autour de cette proposition un véritable régime du contrat d'adhésion (et de consommation) comprenant : une définition (art. 1423), une règle d'interprétation (art. 1477) et des règles privant d'effet les clauses externes (art. 1483), illisibles (art. 1463) et abusives (art. 1484) dans de semblables contrats. Le *Projet de Code civil* reconnaissait la « clause d'adhésion » aux fins d'une règle d'interprétation favorisant la partie « appelée » à « adhérer » à la clause rédigée par l'autre partie. Toutefois, il ne proposait pas de définition du « contrat d'adhésion », puisqu'il mettait sur la table des mesures pour combattre les clauses abusives dans tous les contrats. Comme l'*Avant-projet de loi* ne combattait les clauses abusives que dans les contrats d'adhésion, le législateur considéra (sans doute pour la première fois dans le processus de réforme) l'opportunité d'adopter une définition du contrat d'adhésion et soumit la définition suivante :

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 librement consenties.

54. *Unconscionable Transactions Relief Act*, R.S.O., c. U-2. Voir S.M. WADDAMS, *The Law of Contracts*, 4^e éd., Aurora, Canada Law Book, 1998, pp. 319-398, pour une discussion des différentes formes employées par la doctrine d'*unconscionability* en matière d'*equity*.

55. Art. 2-302 *Uniform Commercial Code*. Voir aussi l'article 2A-108, pour la révision des clauses lésionnaires en matière de louage.

56. *Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, 2^e session, 33^e législature (Québec) (ci-après cité : « *Avant-projet de loi* »).

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.

L'*Avant-projet de loi* a par ailleurs repris, en substance, la proposition de l'ORCC privant d'effet les clauses externes. En revanche, il a créé de toutes pièces la disposition privant d'effet la clause d'un contrat d'adhésion « rédigée de manière ou en des termes tels qu'elle est illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable », ainsi que la définition, audacieuse, de la clause abusive :

Est abusive toute clause qui, dans l'exécution du contrat, désavantage l'une des parties de manière excessive et déraisonnable ou la prive de ses attentes légitimes, allant ainsi à l'encontre de la bonne foi ; est présumée l'être celle qui est si éloignée des obligations essentielles qui découlent normalement de la nature du contrat ou de sa réglementation légale qu'elle dénature celle-ci.

Malgré la dilution du projet initial de l'ORCC, ces mesures d'équité de l'*Avant-projet de loi* ont suscité une réaction vigoureuse de Richard Nadeau, dans un article au titre évocateur : « Le point de vue du Barreau du Québec⁵⁷ ». Il écrit ainsi :

Partout, dès qu'il y a ou qu'il semble y avoir disproportion dans les prestations entre un petit et un plus gros co-contractant, on conclut à lésion, on atténue, on modifie, on présume l'abus, on condamne, on annule !

[...]

N'allez surtout pas croire que le Barreau du Québec s'objecte violemment à ces modifications de fond. Nous ne sommes pas d'accord avec le principe de la création, en guise de nouveau Code civil, d'une gigantesque Loi de protection du consommateur qui risque dorénavant de fausser les relations contractuelles et, possiblement, de nous placer dans un ghetto commercial. Toutefois, il s'agit ici primordialement d'un choix politique dont le gouvernement devra porter la responsabilité, s'il s'engage aussi résolument qu'il le laisse croire jusqu'à maintenant, dans cette voie. Nous croyons qu'il y en a beaucoup trop, mais nous vivons bien avec, encore qu'il faille se demander si les citoyens du Québec auront les moyens de financer toute la nouvelle jurisprudence qu'il faudra développer pour s'y comprendre.

Le gouvernement adoucissait à nouveau son approche dans le *Projet de loi 125*⁵⁸. Le ministre de la Justice expliqua que plusieurs intervenants s'étaient opposés à l'article 1449 de l'*Avant-projet de loi* au motif que cette disposition « compromettrait sérieusement la stabilité des contrats, qu'elle

57. R. NADEAU, « Le point de vue du Barreau du Québec », (1989) 30 *C. de D.* 647, 653.

58. QUÉBEC (PROVINCE), *Code civil du Québec : projet de loi 125*, 1^{re} session, 34^e législature, Québec, Éditeur officiel, 1991 (ci-après cité : « *Projet de loi 125* »).

serait susceptible de mener à des abus et qu'elle diminuerait la responsabilité des citoyens⁵⁹ ». D'autres l'appuyaient « au motif que l'inégalité des rapports de force est tout aussi présente en matière commerciale que dans les autres contrats⁶⁰ ». Le *Projet de loi 125* a répondu aux préoccupations exprimées par les premiers et est revenu dans son article 1402 au principe de l'exclusion de la lésion entre majeurs. De plus, il a repris dans son article 1376, en substance, la définition du contrat d'adhésion inscrite dans l'*Avant-projet de loi*, sauf pour éliminer la définition du contrat de gré à gré et préciser que « tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré ». L'article 1376 a également ajouté le qualificatif « essentielles » au mot « stipulations », vraisemblablement pour éviter que la possibilité de discuter des clauses purement accessoires exclue un contrat de la portée des nouvelles mesures d'équité. La règle d'interprétation en faveur de celui qui est « appelé à adhérer au contrat » a été élargie au consommateur (art. 1428). Les dispositions privant d'effet les clauses externes (art. 1431), illisibles (art. 1432) et abusives (art. 1433) ont repris, en substance, les dispositions de l'*Avant-projet de loi* au même sujet, sauf pour en élargir le champ d'application aux contrats de consommation. Dans le cas de ces clauses, le ministre de la Justice expliqua ce qui suit⁶¹ :

Si certains intervenants se sont opposés aux dispositions concernant de telles clauses au motif qu'elles pouvaient créer un déséquilibre entre le débiteur et le créancier, réduire la liberté contractuelle et donner trop de latitude au contractant qui veut se libérer de ses obligations, la majorité, sous réserve de certains commentaires quant à la formulation, était favorable à une telle réglementation qui tente de rétablir un équilibre contractuel entre les parties de force inégale, en dehors même du champ de la consommation. Plusieurs ont même recommandé l'élargissement de son champ d'application au-delà des seuls contrats d'adhésion ou de consommation.

Sur ce point, et sous réserve de certains aménagements rédactionnels, je serais d'avis qu'il y a lieu de maintenir ces dispositions quant aux contrats d'adhésion ou de consommation, puisqu'alors l'une des parties est dans l'impossibilité de négocier le contenu contractuel. Compte tenu des règles qui existent déjà en matière d'équité contractuelle, ces règles ne devraient pas susciter de difficultés.

Incidentement, le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec ont continué de s'opposer aux dispositions du *Projet de loi 125* relatives aux contrats d'adhésion et de consommation, au motif que ces dispositions portaient indûment atteinte à la stabilité des contrats. Dans

59. G. RÉMILLARD, « Présentation du projet de Code civil du Québec », (1991) 22 *R.G.D.* 5, 26.

60. *Ibid.*

61. *Id.*, 27.

son *Mémoire sur les obligations*⁶², le Barreau a applaudi la mise à l'écart de la lésion et a réclamé que la définition du contrat d'adhésion soit restreinte pour exclure les contrats entre commerçants et limiter encore plus son champ d'application à certains types de contrats, « peut-être au contrat de franchise ».

Peu de changements ont été toutefois apportés aux dispositions du *Projet de loi 125*. L'article 1376 définissant le contrat d'adhésion est devenu, sans modification, l'article 1379 du *Code civil du Québec* :

Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elles, 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.

Une modification intéressante a également été apportée à la règle d'interprétation du contrat d'adhésion. Alors que l'article 1428 énonçait : « Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur du débiteur et contre le créancier de l'obligation, à moins que celui-ci n'ait été appelé à adhérer au contrat ou ne soit un consommateur », l'article 1432 disposait⁶³ : « Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur. »

Le législateur a aussi apporté une modification mineure à l'article 1431 pour remplacer l'énoncé « à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait eu connaissance ou que cette clause était d'usage courant » par la portion de l'article 1435 reproduite en italique ci-dessous :

La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties.

62. BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire du Barreau du Québec sur le code civil du Québec (projet de loi 125)* : livre V—*Des obligations, théorie générale des obligations*, Montréal, Le Barreau, 1991, pp. 2, 3 et 17 (ci-après cité : « *Mémoire sur les obligations* ») ; CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire portant sur le chapitre sur les obligations du Projet de loi 125*, Montréal, 1991, pp. 17-18.

63. La rédaction de l'article 1432 C.c.Q. suscite un bref commentaire. En assurance, c'est le débiteur de l'obligation de payer l'indemnité, soit l'assureur, qui rédige le contrat. Une règle d'interprétation favorisant le débiteur, celui qui contracte l'obligation, n'est sans doute pas souhaitable dans ce cas particulier. Voilà sans doute pourquoi la deuxième phrase de cette disposition précise que « dans tous les cas » le contrat s'interprète en faveur de l'adhérent (ou du consommateur). Cette phrase ne signifie pas que le contrat est compris en faveur de l'adhérent (ou du consommateur) même en l'absence de doute. Elle signifie plutôt que le contrat s'explique de cette façon même si l'adhérent (ou le consommateur) n'est pas celui qui a contracté l'obligation.

Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formulation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, *à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance.*

En outre, une modification mineure a été effectuée à l'article 1432 pour remplacer l'énoncé « 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 » par la portion de l'article 1436 reproduite en italique ci-dessous :

Dans un contrat de consommation ou d'adhésion la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, *à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent.*

Enfin, une modification mineure a également été faite à l'article 1433 pour remplacer l'énoncé « est présumée l'être celle qui est si éloignée des obligations essentielles qui découlent normalement de la nature du contrat ou de sa réglementation qu'elle dénature celui-ci » par la portion de l'article 1437 reproduite en italique ci-dessous :

La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

Est 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 ; *est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.*

Dans ses *Commentaires détaillés sur les dispositions du Projet*, le ministère de la Justice indique que la disposition privant d'effet les clauses externes a été limitée aux contrats d'adhésion seulement parce que les autres types de contrats n'ont pas paru « mériter » la protection instaurée par cette disposition. Nous devinons qu'un sentiment semblable a également inspiré le choix de ne priver d'effet les clauses illisibles et abusives que si elles se trouvent dans un contrat d'adhésion. Dans un commentaire récent, le professeur Pineau exprime l'opinion que l'introduction des nouvelles mesures de justice contractuelle n'a pas eu l'effet dévastateur que redoutaient les défenseurs de la sécurité des transactions commerciales⁶⁴.

64. J. PINEAU, « La discrétion judiciaire a-t-elle fait des ravages en matière contractuelle ? », dans BARREAU DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil : cinq ans plus tard (1998)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 141, aux pages 177-781. Voir aussi P.-G.

Ce débat est insoluble. La justice contractuelle et la sécurité des transactions commerciales ont été et continueront d'être des valeurs à la fois contradictoires et indispensables. Il n'y a sans doute de vérité que dans la recherche d'un équilibre entre les deux, dans les circonstances de chaque cas. Cependant, les tribunaux et les justiciables auraient apprécié une loi reposant sur un fondement théorique clair. Or, comment expliquer que les clauses abusives ne sont combattues que si elles se trouvent dans un contrat d'adhésion ? Dans son ouvrage, l'auteure Croteau affirme que l'accord de volontés dans un contrat d'adhésion ne serait pas aussi valable que l'accord de volontés dans un contrat de gré à gré. L'intervention du tribunal serait requise dans le contrat d'adhésion, et seulement dans ce contrat, pour remplacer la faculté de discussion dont l'adhérent a été privé⁶⁵ :

En matière de contrats d'adhésion, la force obligatoire du contrat expressément formulée à l'article 1434 C.c.Q. est battue en brèche par une série de mesures de protection et de surveillance du contenu contractuel et de la qualité du consentement, parce que le législateur reconnaît que la liberté pour donner un consentement valable n'est pas aussi réelle dans le contrat d'adhésion que dans les contrats de gré à gré.

Cette explication rappelle la remarque de Saleilles : « il y a contrats et contrats » et suscite quelques commentaires. Les articles 1623, 1901 et 2332 C.c.Q. permettent la réduction des clauses pénales abusives, des clauses abusives dans les baux d'un logement et des clauses rendant le coût d'un prêt excessif, sans limiter ces mesures de protection au contrat d'adhésion (ou de consommation). L'article 1474 C.c.Q. prive d'effet les avis d'exclusion de responsabilité n'ayant pas été portés à la connaissance de la partie contre qui elle est invoquée, que ces avis se trouvent ou non dans un contrat d'adhésion (ou de consommation). D'autres dispositions du *Code civil du Québec* énumèrent des clauses réputées nulles dans divers types de contrats, vraisemblablement parce que le législateur considère qu'elles sont déraisonnables ou abusives⁶⁶. Ces dispositions établissent que les clauses abusives ne sont pas le propre du contrat d'adhésion et devraient en toute

JOBIN, « La stabilité contractuelle et le « Code civil du Québec : un rendez-vous tumultueux », dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 417, pour qui la place de la stabilité contractuelle dans les textes du *Code civil du Québec* « est plus confortable qu'on ne le croirait à première vue et certes meilleure que ce qui en a été dit » (p. 448).

65. N. CROTEAU, *op. cit.*, note 11, pp. 68-69, 81-81 : « Les tribunaux doivent s'assurer de la qualité du consentement et, pour ce faire, ils obtiennent le pouvoir de contrôler les clauses abusives (art. 1437 C.c.Q.) et celui d'imposer un certain devoir d'information (art. 1435-36 C.c.Q.). »

66. Par exemple, voir les articles 1732 et 1733 C.c.Q., pour la vente ; l'article 1892 C.c.Q., pour le bail d'un logement ; et l'article 2414 C.c.Q., pour l'assurance terrestre.

logique être réprimées même si elles se trouvent dans un contrat de gré à gré. Elles suggèrent de plus que le pouvoir du juge d'intervenir dans un contrat pour en réviser les clauses les plus choquantes n'est pas fondé sur l'idée d'un accord de volontés imparfait ou déficient, mais plutôt sur le désir d'imposer une norme minimale d'équité dans le contrat. Par ailleurs, si l'intervention du tribunal était admise pour suppléer au consentement déficient de l'adhérent, il faudrait l'exclure dans les cas où, malgré l'impossibilité de discussion, l'adhérent donne son consentement en pleine connaissance de cause⁶⁷.

3 Quelques controverses relatives à la sanction des clauses abusives dans les contrats d'adhésion

La nouveauté du texte et l'absence d'un fondement théorique clair pour celui-ci a rendu bien difficile la mise en application de l'article 1437 C.c.Q. D'un côté, les tribunaux ont tenté de circonscrire les éléments de la reconnaissance du contrat d'adhésion. De l'autre, ils ont cherché à mettre en évidence les clauses abusives de contrats semblables.

3.1 La reconnaissance du contrat d'adhésion

La définition du contrat d'adhésion est d'une grande importance, puisqu'elle détermine le champ d'application des articles 1435, 1436 et 1437. Suivant l'article 1379 C.c.Q., un contrat est d'adhésion si deux critères sont remplis : il faut que ses stipulations essentielles soient imposées par une des parties ou rédigées par elle (ou pour son compte ou selon ses instructions), et que les mêmes stipulations essentielles ne puissent être librement discutées. Cette définition élargit les critères de reconnaissance du contrat d'adhésion mis en application par la jurisprudence au moment de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. Trois arrêts de la Cour d'appel en matière de contrats de construction démontrent avec éloquence cette

67. Que dire du cas où l'adhérent emploie lui-même dans les contrats qu'il impose à des tiers la clause dont il reproche le caractère abusif au créancier qui la lui a imposée? Voir *supra*, note 36. Voir également J.H. GAGNON, « Le contrat d'adhésion sous le Code civil du Québec », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit commercial (1995)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 1 à la page 39 : « Il faut cependant, à ce moment-ci, encore espérer que nos tribunaux seront réticents à mettre aussi rapidement de côté le principe fondamental en droit civil de la stabilité des contrats, surtout en matière de contrats commerciaux conclus alors que la partie qui a adhéré à un contrat rédigé par l'autre ou pour son compte ou selon ses instructions a eu amplement le temps de prendre connaissance du contrat, d'en comprendre les obligations et les engagements et l'opportunité d'en discuter avec le stipulant ou ses représentants et qu'elle avait aussi des alternatives valables et acceptables à celle d'adhérer à ce contrat. »

proposition. Dans l'affaire *H. Cardinal Construction inc. c. Ville de Dollard-des-Ormeaux*⁶⁸, jugée par la Cour d'appel en 1987, Cardinal se fit adjuger un contrat pour l'excavation d'un bassin de rétention d'eau. Ce contrat, imposé par la Ville sans possibilité de négociation, fournissait des études de sol à titre indicatif seulement et stipulait que Cardinal devait se satisfaire de la condition du sol à excaver. Il lui imposait également une pénalité au cas où il ferait défaut de livrer l'ouvrage dans un délai de 120 jours. Dans les faits, les travaux se poursuivirent sur une période beaucoup plus longue en raison de difficultés attribuables à l'état du sol. Cardinal poursuivit la Ville en paiement d'une rémunération additionnelle; celle-ci exigea le paiement par Cardinal de la pénalité prévue dans le contrat. Le plaignant alléguait, entre autres choses, que le contrat était d'adhésion et devait être interprété en sa faveur. La Cour d'appel rejeta cette prétention⁶⁹ :

C'est ici que les clauses récitées ci-dessus prennent leur importance. Que ces clauses soient léonines, cela est indéniable; c'est bien à regret que le juge y a donné effet[...].

L'appelante était libre de soumissionner ou de ne pas soumissionner. En ce sens, le contrat conclu avec la Ville n'est pas à proprement dit un contrat d'adhésion.

Dans l'affaire *Communauté urbaine de Montréal c. Ciment indépendant inc.*⁷⁰, jugée par la même Cour en 1988, l'entreprise se fit adjuger un contrat pour la construction d'un tunnel et d'une station de métro. Ce contrat, imposé sans possibilité de négociation par la Communauté urbaine, fournissait des études de sol à titre indicatif seulement et stipulait que Ciment indépendant inc. devait se satisfaire de la qualité du sol. Le contrat prévoyait également une rémunération unitaire pour les travaux. Les ouvriers rencontrèrent du roc friable dans leurs travaux, alors qu'ils espéraient creuser dans du roc solide. L'entreprise fit alors une réclamation pour travaux inattendus fondée sur les frais additionnels engagés. La Communauté urbaine se retrancha derrière les dispositions du contrat relatives au paiement d'un prix unitaire. L'entreprise prétendit que ces dispositions devaient être interprétées en sa faveur, puisqu'il s'agissait d'un contrat d'adhésion. La Cour d'appel rejeta cette prétention⁷¹. Enfin, dans son jugement récent concernant l'affaire *Régie d'assainissement des eaux du*

68. *H. Cardinal Construction inc. c. Ville de Dollard-des-Ormeaux*, [1989] 18 Q.A.C. 58 (C.A.).

69. *Id.*, 63.

70. *Communauté urbaine de Montréal c. Ciment indépendant inc.*, [1989] 17 Q.A.C. 161 (C.A.).

71. *Id.*, 180-181.

*bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*⁷², la Cour d'appel a rejeté l'autorité des deux décisions discutées ci-dessus, à la lumière de l'article 1379 C.c.Q. Il s'agissait dans cette affaire d'un contrat adjudgé à Janin pour la construction d'infrastructures d'interception d'eaux usées. Le contrat, imposé sans possibilité de négociation par la Régie, fournissait à Janin des études de sol, à titre indicatif seulement. Janin se trouva dans des conditions plus difficiles que celles qui avaient été escomptées, engagea des frais additionnels pour l'exécution des travaux et poursuivit la Régie en vue du remboursement de ces frais. Cette dernière se retrancha derrière les dispositions du contrat. Janin prétendit qu'il s'agissait de clause abusives contenues dans un contrat d'adhésion. La Cour d'appel lui donna raison⁷³ :

Ce qui distingue essentiellement le contrat d'adhésion du contrat par négociation, c'est la détermination unilatérale par l'une des parties ou par un tiers du contenu contractuel. L'autre partie perd la faculté de libre négociation des conditions de son engagement en se voyant imposer d'avance les éléments essentiels du contrat et en ne gardant que le choix parfois purement théorique de contracter ou de ne pas contracter [...].

Puisque le concept du contrat d'adhésion n'est plus laissé à la discrétion de la jurisprudence et de la doctrine comme c'était le cas à l'époque du Code civil du Bas-Canada, la jurisprudence de notre Cour qui avait refusé, dans les arrêts *H. Cardinal Construction Inc. c. Dollard-des-Ormeaux* et *Communauté urbaine de Montréal c. Ciment Indépendant Inc.*, de considérer les contrats conclus avec la Ville ou encore la Communauté urbaine comme des contrats d'adhésion mérite, à mon avis, d'être reconsidérée.

Ce qui importe dorénavant c'est d'une part, la volonté du stipulant d'une application générale sans modification majeure des conditions essentielles du contrat et d'autre part, l'intention de l'adhérent de se soumettre, sans possibilité de discussion, aux termes et conditions stipulés.

Dans le cas de contrats de construction conclus avec les gouvernements les organismes publics subventionnés ou les grandes sociétés publiques ou privées, l'élaboration des documents contractuels demeure la plupart du temps l'œuvre unilatérale du donneur d'ouvrage des contractants, des formules incluant toutes les conditions relatives aux contrats. Ces contrats me paraissent répondre à la nouvelle définition du contrat d'adhésion.

Il est vrai que les circonstances de l'arrêt *Janin* étaient particulières. La Régie avait fait effectuer les études de sol en fonction d'un tracé pour l'ouvrage qui fut déplacé avant l'appel d'offres. La preuve montra que ces études se révélaient inutiles pour le nouveau tracé. Cependant, la Régie procéda tout de même à un appel d'offres sur la base des études désuètes.

72. *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.).

73. *Id.*, 941-942.

Il n'en demeure pas moins que l'arrêt *Janin* annonce un élargissement des critères de reconnaissance du contrat d'adhésion. Dans un passage des motifs de cette décision, la Cour d'appel cite un passage des auteurs Baudouin et Jobin, dans leur traité intitulé *Les obligations*⁷⁴ :

Le législateur ne s'est pas attaché au rapport inégal des forces entre les parties ; du point de vue juridique, ne sont donc pas pertinentes aujourd'hui l'existence d'un monopole de droit ou de fait, la possibilité de faire affaires avec un concurrent, la compétence dans le domaine concerné ni la puissance économique ou commerciale. Le législateur a retenu deux éléments : il y a contrat d'adhésion quand les stipulations essentielles du contrat ne pouvaient être librement discutées, et qu'elles ont été imposées par la partie en position de force, rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions.

Ce passage étonne à plus d'un titre. Premièrement, comment la reconnaissance du contrat d'adhésion peut-elle s'appuyer sur le fait que les stipulations essentielles du contrat « ont été imposées par la partie en position de force » tout en écartant toute considération « du rapport inégal des forces entre les parties » ? Deuxièmement, comment concilier l'approche prônée par la Cour d'appel et la présentation du *Projet de loi 125* par le ministère de la Justice, qui mentionnait que les articles 1482, 1483 et 1484 de l'*Avant-projet de loi* avaient pour objet « de rétablir un équilibre contractuel entre les parties de force inégale » et « de favoriser une meilleure justice contractuelle et de tenir compte du déséquilibre des parties dans les contrats d'adhésion ou de consommation »⁷⁵. Un objectif semblable ne saurait être atteint si l'appréciation du tribunal concernant la question du rapport de force entre les parties contractantes était écartée. Troisièmement, il aurait été souhaitable que la Cour d'appel s'intéresse un peu plus à la doctrine⁷⁶ et à la jurisprudence qui s'étaient déjà montrées favorables à un examen « du rapport inégal des forces entre les parties », illustré par « l'existence d'un monopole de droit ou de fait, [par] la possibilité de faire affaires avec un concurrent, la compétence dans le domaine concerné » ou par « la puissance économique ou commerciale ». Dans une affaire impliquant un bail commercial, la Cour supérieure écrivait⁷⁷ :

74. J. L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 53.

75. G. RÉMILLARD, *loc. cit.*, note 59, 27.

76. Voir notamment J. PINEAU, « Existence et limite de la discrétion judiciaire dans la formation et l'exécution du contrat », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit commercial (1996)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 1, aux pages 10-11. Voir aussi J.H. GAGNON, *op. cit.*, note 67.

77. *Société de gestion Place Laurier inc. c. Beaulieu*, 29 avril 1999, C.S. Québec, n° 200-17-000691-980, J.E. 99-1070, p. 8 des motifs. Voir aussi *Boutique Jacob inc. c. Place Bonaventure inc.*, 14 mars 1995, C.S. Montréal, n° 500-05-002035-945, J.E. 95-1040.

Il est de commune renommée, pour ne pas dire de connaissance judiciaire, que le bail-type proposé par la majorité des grands promoteurs immobiliers, particulièrement dans les centres commerciaux, comporte généralement de nombreuses stipulations dont le locataire ne pourra discuter librement la teneur. De façon générale, toutefois, en raison de la liberté laissée au locataire de négocier divers éléments du contrat, tels le loyer, le terme ou le cautionnement, et de contracter plutôt avec un compétiteur, nos tribunaux se sont montrés peu enclins à attribuer aux baux commerciaux le statut de contrats d'adhésion.

Dans une affaire impliquant un formulaire préédigé de demande de crédit exigeant le cautionnement personnel de celui qui signait au nom d'une compagnie, la Cour du Québec a considéré qu'il s'agissait d'un contrat de gré à gré, au motif que le signataire « pouvait, sans l'ombre d'un doute, refuser de contracter et s'adresser à un compétiteur de la demanderesse qui n'exigeait pas de cautionnement, comme le défendeur affirme lui-même qu'il pouvait le faire⁷⁸ ». Dans une autre affaire impliquant une convention de livraison de mazout, l'acheteur, gestionnaire immobilier, avait accepté un court délai de paiement et des intérêts au taux annuel de 24 % sur les paiements en retard en contrepartie d'un prix plus avantageux pour le mazout. La Cour supérieure a refusé la qualification de contrat d'adhésion⁷⁹. Dans une autre affaire, la même Cour a exprimé sa réticence à qualifier par cette expression des transactions immobilières intervenues entre une municipalité et des entreprises dont les représentants étaient « des hommes d'affaires aguerris, qui jouissaient des conseils de plusieurs professionnels lorsqu'ils ont participé aux divers actes contenant selon eux des clauses « abusives »⁸⁰ ». Enfin, dans une affaire impliquant un contrat type de vente intervenu entre deux concessionnaires automobiles, la Cour supérieure a refusé la qualification de contrat d'adhésion, indiquant « qu'il peut toujours y avoir certaines modifications faites au contrat-type surtout lorsque les parties contractantes sont de force égale⁸¹ ». La Cour a ajouté⁸² : « Le critère de reconnaissance du contrat d'adhésion réside dans la possibilité de l'une des parties d'imposer ses volontés à l'autre en regard de sa position de force, empêchant l'autre de négocier quoi que ce soit. »

78. *Entreprises L.T. ltée c. Aubut*, 13 avril 1994, C.Q. Québec, n° 200-02-005715-935, J.E. 94-748.

79. *M. Longtin & Fils inc. c. Olton Investment Corp.*, C.S. Iberville, n° 755-05-000213-940, J.E. 95-2040.

80. *2429-8952 Québec inc. c. Trois-Rivières (Ville de)*, [1998] R.J.Q. 2443 (C.S.).

81. *M.G.B. Auto inc. c. Trois Diamants Autos (1987) ltée*, C.S. Montréal, n° 500-05-004595-953, 12 février 1997, J.E. 97-777.

82. *Id.*, 11.

Pour distinguer le contrat d'adhésion du contrat de gré à gré, il suffirait donc de déterminer si une partie a rédigé les clauses essentielles d'un contrat sans possibilité de discussions par l'autre partie. Cependant, qu'est-ce qu'une stipulation essentielle ? Et quand une partie est-elle privée de la liberté de la discuter ? En ce qui concerne la première question, deux théories pouvaient être envisagées. La première aurait réduit le sens de l'expression « stipulation essentielle » aux seuls éléments caractéristiques d'un contrat (comme le transfert du bien et le paiement du prix pour la vente, l'usage du bien pour une période donnée et le paiement d'un loyer pour le louage ainsi que la propriété de fonds pour une période donnée et les modalités de remboursement pour le prêt). L'adoption de cette théorie aurait exclu l'intervention judiciaire dans un contrat de prêt dont le terme, le taux d'intérêt et les modalités de remboursement auraient été ouverts à la discussion. La seconde théorie accepterait que l'expression « stipulation essentielle » désigne, en plus des éléments caractéristiques du contrat, les éléments importants du consentement de l'adhérent. Cette théorie permettrait l'intervention judiciaire dans un contrat de vente dont les conditions de garantie ne peuvent être discutées. C'est la direction que semble prendre la jurisprudence⁸³. En ce qui concerne la seconde question, les *Commentaires du ministre de la Justice* précisent que la formulation employée à l'article 1379 C.c.Q. cherche à éviter « que de véritables contrats de gré à gré ne soient interprétés comme des contrats d'adhésion simplement parce qu'ils n'ont pas été négociés, alors qu'ils auraient pu l'être⁸⁴ ». Ainsi, dans l'affaire *Industries Canatal inc. c. Immeubles Paul Daigle inc.*⁸⁵, Canatal avait signé un contrat de sous-traitance avec un entrepreneur général pour l'érection de structures d'acier sur un immeuble appartenant à Daigle. Une des clauses de ce contrat prévoyait une renonciation par le sous-traitant à ses droits et sûretés. Ce dernier a effectué les travaux convenus, mais il n'a pas reçu le paiement du prix de ceux-ci et a publié un avis d'hypothèque légale. Le propriétaire s'est prévalu de cette disposition et a cherché à faire radier l'inscription de cet avis. La Cour supérieure lui a donné raison, ainsi que la Cour d'appel⁸⁶ :

83. J.L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 53, p. 69.

84. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 20, p. 837.

85. *Industries Canada inc. c. Immeubles Paul Daigle inc.*, [1996] R.D.I. 508 (C.A.).

86. *Id.*, 511. Voir aussi *Démix Béton Estrie, division de Ciment St-Laurent inc. c. Habitat Renil inc.*, 30 janvier 1998, C.Q. Saint-François, n° 450-22-000227-976, J.E. 98-606, où le juge refuse la qualification de « contrat d'adhésion » à une demande d'ouverture de compte au motif que (p. 3) « ce document a, dans certains cas, été retourné sans signature de la part des clients, dans d'autres cas le document a été retourné mais avec certaines clauses qui étaient biffées et évidemment, dans le cas de Dufresne, le document est retourné avec sa signature et sans aucune modification ».

Nous n'avons pas affaire, en l'espèce, à un contrat d'adhésion, contrairement à ce qui peut être le cas, très souvent, avec des contrats émanant des autorités publiques et dont il est absolument impossible de discuter ou de modifier les termes. En l'espèce, la preuve démontre qu'un certain nombre d'autres sous-traitants ont obtenu, par négociation, la radiation de l'article 27 et qu'il eût donc été possible à l'appelant de faire de même.

Ce résultat est dur pour le contractant qui ne tente pas de discuter des clauses qui lui sont présentées. Si d'autres contractants en avaient remis en cause les modalités, les tribunaux seraient libres de présumer « qu'il eût donc été possible » pour celui-ci de faire de même. Une telle présomption peut paraître bien injuste, puisque le fait par le propriétaire d'avoir examiné la clause avec les sous-traitants A, B et C n'entraîne bien sûr aucune obligation de sa part de faire de même avec les sous-traitants D, E et F.

Un dernier mot sur la distinction entre les contrats d'adhésion et les contrats de gré à gré. La pratique contractuelle moderne ne se prête pas commodément à une division entre les deux concepts. Il existe de nombreux cas de contrats types que l'usage impose aux deux parties contractantes. Par exemple, les formulaires préparés par des associations professionnelles, l'International Swap Dealers Association, la Bond Marketing Association et l'Investment Dealers Association of Canada, sont utilisés par l'ensemble des institutions financières et des entreprises pour leurs opérations de trésorerie. Ces formulaires ont été conçus à la demande des intervenants dans le domaine pour réduire les frais de transaction et pour faire en sorte que les institutions puissent elles-mêmes traiter la documentation, le plus souvent sans l'intervention d'avocats. L'usage est que ces contrats sont signés sans modification, mais les parties négocient et préparent une annexe pour compléter certains éléments que la convention laisse à leur choix ou modifier certains éléments du contrat. Indépendamment de toute question de négociation, ces contrats ne correspondent pas à la définition du contrat d'adhésion, puisqu'ils ne sont pas rédigés par une partie ni pour son compte, mais bien par un tiers, et ne sont pas imposés par une partie, puisque chaque partie en réclame l'application comme norme⁸⁷.

3.2 La reconnaissance des clauses abusives

La clause abusive est celle qui confère un avantage excessif ou déraisonnable au rédacteur du contrat d'adhésion, au point, comme l'énonce

87. Dans le même ordre d'idées, la Cour d'appel a récemment refusé la qualification de « contrat d'adhésion » au Code du Bureau des soumissions déposées du Québec : *Alta ltée c. Corp. des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec*, 22 janvier 1998, C.A. Montréal, n° 500-09-001340-956, J.E. 98-316.

l'article 1437 C.c.Q., d'aller à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi. Selon les auteurs Baudouin et Jobin, le législateur cherche par cette disposition à lutter « contre les pratiques véritablement choquantes, les stipulations qui s'écartent manifestement des pratiques contractuelles généralement acceptées par la société, et non pas celles qui sont seulement regrettables⁸⁸ ». Ainsi, cette disposition a permis de réduire les obligations découlant des clauses prévoyant des intérêts⁸⁹ ou des pénalités⁹⁰ excessifs ou d'autres clauses avantageant de façon démesurée le créancier en cas de défaut, comme les clauses permettant au locateur ou à celui qui accorde le crédit-bail de reprendre le bien et d'exiger le paiement du plein montant du solde du loyer pour la durée non expirée du contrat⁹¹. De toute évidence, l'article 1437 C.c.Q. laisse une grande marge d'appréciation aux tribunaux. Certains jugements n'hésitent pas à interpréter la notion d'abus sanctionnée par l'article 1437 C.c.Q. à la lumière des circonstances dans lesquelles le plaignant cherche à donner effet à la clause litigieuse. Dans deux affaires⁹², le juge a privé d'effet une clause dans un bail à logement interdisant la présence d'animaux dans le logement loué. Une clause semblable ne s'impose pas à l'esprit comme étant « véritablement choquante ». En revanche, l'application de la clause aurait produit un résultat bien rigoureux dans les circonstances des deux cas. Il s'agissait de deux dames âgées, de santé fragile, qui désiraient garder un chat comme animal de compagnie. Les chats, selon la preuve, ne dérangent pas les autres locataires et les expulser aurait, toujours selon la preuve, déclenché une grave dépression chez leurs

88. J.L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 53, p. 122.

89. Voir *St-Pierre c. Laprise*, C.Q. Trois-Rivières, n° 435-02-000027-908, J.E. 94-1040, réduisant un taux annuel d'intérêt de 18 % ; voir, à l'effet contraire, *Medi-Dent Service c. Bercovitch*, C.S. Montréal, n° 500-05-016005-934, J.E. 96-2131 (en appel).

90. *Slush Puppie Montréal inc. c. 153226 Canada inc.*, [1994] R.J.Q. 1703 (C.Q.) ; *Grenier-Lacroix c. Lafond*, C.Q. Trois-Rivières, n° 400-02-000613-933, J.E. 94-358 ; et *Lemire c. Caisse populaire Desjardins de la Plaine*, C.S. Montréal, n° 500-05-007659-947, J.E. 96-237 (en appel).

91. *Société générale Beaver inc. c. Métaux ouvrés St-Philippe inc.*, C.S. Montréal, n° 500-05-016209-924, J.E. 94-1295 (en appel) ; *Société générale Beaver inc. c. Destefano*, C.Q. Montréal, n° 500-02-026942-933, J.E. 96-1193 ; *Pacific National Leasing Corp. c. Domaine de l'Eden (1990) inc.*, C.Q. Montréal, n° 500-02-001770-945, J.E. 95-1447 ; *Location Tiffany Leasing inc. c. 3088-6022 Québec inc.*, C.Q. Abitibi, n° 605-02-000706-970, J.E. 98-1485 ; *Audet c. Jetté*, C.S. Terrebonne, n° 700-05-001216-955, J.E. 98-2097 ; et *Estrie Toyota inc. c. Majewski*, C.S. Bedford, n° 460-17-000035-980, J.E. 99-1505.

92. *Fram c. Office municipal d'habitation de Pointe-Claire*, 13 mai 1998, C.Q. Montréal, n° 500-02-055600-972, J.E. 98-1402 ; *Coulombe c. Dionne*, [1996] R.J.Q. 1902 (C.S.) (infirmé en appel : 17 septembre 1999, C.A. Montréal, n° 500-09-002386-963). Voir P. GAGNON, « L'équité contractuelle en droit du logement depuis 1994 et l'interdiction conventionnelle relative aux animaux favoris », (1999) 59 *R. du B.* 333.

propriétaires et même une aggravation des problèmes cardiaques chez l'une d'entre elles. Une même clause peut-elle être abusive dans certaines circonstances et non abusive dans d'autres ? Les auteurs Baudouin et Jobin répondent de façon affirmative à cette question⁹³. L'article 1437 C.c.Q. laisserait alors planer une double insécurité à l'égard des contrats rédigés par une partie sans possibilité de négociation par l'autre partie. Les clauses procurant un avantage au premier ne produiraient l'effet désiré que si elles étaient raisonnables et si leur mise à exécution dans un cas donné menait à une solution appropriée. Toutefois, une telle solution irait, à notre avis, à l'encontre de la préoccupation exprimée par le législateur de 1994 de ne pas indûment porter atteinte à la sécurité des transactions commerciales.

Un type de clause suscite un commentaire particulier. Une clause peut-elle être abusive si la loi en reconnaît la validité ? Serait-il possible de combattre sous l'autorité de l'article 1437 C.c.Q. la clause prévoyant la déchéance de l'assurance au motif que l'assuré a fait défaut de donner sans délai un avis de sinistre (dans le cas d'assurance de personnes) ou de donner cet avis dans un délai de 30 jours (dans le cas d'assurance de dommages) ? Nous serions tentés de répondre que la loi ne peut être abusive, mais la jurisprudence a réduit ou annulé à plusieurs reprises déjà des contrats imposés par l'État⁹⁴. Dans le même ordre d'idées, l'article 1474 C.c.Q. interdit les clauses d'exonération dans deux types de situations : elles sont nulles dans la mesure où elles cherchent à exonérer la responsabilité pour un dommage corporel ou moral ainsi que pour un dommage matériel occasionné par la faute lourde ou intentionnelle de la partie qui cherche à s'en prévaloir. Cette disposition pose donc qu'en principe il est possible d'exclure sa responsabilité de réparer un dommage matériel, sauf en cas de faute lourde ou intentionnelle. Comment une clause d'exonération de responsabilité pourrait-elle être privée d'effet par l'article 1437 C.c.Q. si le législateur en reconnaît la validité par le truchement de l'article 1474 C.c.Q. ? Dans l'affaire *Janin*, la Cour d'appel a privé la Régie de l'effet escompté d'une clause d'exonération de responsabilité, au motif que cette clause enlevait à Janin le « bénéfice fondamental » attendu des études

93. J.L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 53, p. 123 : « Notons enfin que le juge doit parfois apprécier la clause au moment même où elle doit être mise en œuvre, car les circonstances peuvent influencer l'aspect abusif d'une clause ; une même stipulation sera abusive dans certaines circonstances, mais valide dans d'autres. »

94. *Audet c. Jetté*, C.S. Terrebonne, n° 700-05-001216-955, J.E. 98-20097 ; *St-Germain c. Ministère de l'Éducation du Québec*, C.Q. Trois-Rivières, n° 400-22-000555-975, J.E. 99-426. Voir également, au sujet des contrats de parrainage en matière d'immigration, *Brutus c. Joseph*, [1996] R.J.Q. 2619 (C.S.) (en appel), *Le c. Le*, [1994] R.J.Q. 1058 (C.S.) (en appel), et *P.G. Québec c. Nicolas*, [1996] R.J.Q. 1679 (C.S.) (en appel).

fournies par la Régie : « Après avoir exigé un prix basé essentiellement sur des données et des plans fournis par des professionnels experts dans leur domaine, il paraît déraisonnable et contraire à l'obligation de bonne foi de dénuer de tout effet l'obligation de renseignement ainsi assumée à l'égard des contractants⁹⁵. » Là n'est peut-être pas la question, toutefois. Une clause d'exonération de responsabilité prive par définition le créancier du « bénéfice fondamental » attendu de l'obligation souscrite par le débiteur, ce qui n'empêche pas qu'elle soit valide en principe, à l'intérieur des paramètres posés par l'article 1474 C.c.Q. Toutefois, dans les circonstances de l'affaire *Janin*, la Régie avait avisé les soumissionnaires que le site du projet serait déplacé de quelques mètres, ce qui remettait en question la pertinence des études déjà effectuées. La Régie a néanmoins demandé des soumissions sur la base de ces études, sans en fournir de nouvelles. Il y avait peut-être dans sa décision les éléments d'une faute lourde ou intentionnelle qui auraient fait perdre à la clause d'exonération de responsabilité sa validité de principe. L'affaire *Janin* n'appuie pas, selon nous, la proposition que les clauses d'exonération de responsabilité qui répondent aux exigences de l'article 1474 C.c.Q. peuvent être déclarées abusives en vertu de l'article 1437 C.c.Q.⁹⁶.

Conclusion

Il est évident que les dispositions du *Code civil du Québec* relatives aux contrats d'adhésion donnent à l'heure actuelle aux tribunaux et aux praticiens des moyens dont ceux-ci ne disposaient pas auparavant pour combattre les abus. Notre examen de la jurisprudence de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle montre bien que les tribunaux ne pouvaient alors combattre les excès du consensualisme qu'avec les moyens limités que le même consensualisme mettait à leur disposition. Par la suite, il est vrai, la doctrine et les tribunaux ont reconnu l'existence d'une obligation implicite à la charge du créancier d'agir de bonne foi et avec diligence. Pendant les années qui ont précédé la réforme de 1994, les tribunaux n'hésitaient pas à refuser de donner effet aux dispositions d'un contrat dans les cas où le créancier avait manqué à cette obligation. Le législateur a voulu ajouter

95. *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) Itée*, précité, note 72, 942.

96. Comparez à cet effet : *Gaillard c. Microtec inc.*, C.Q. Saint-Maurice, n° 410-32-000335-947, J.E. 95-782 ; *Lachapelle c. Promotions C.G.S. inc.*, C.Q. Saint-François, n° 450-02-000582-925, J.E. 95-1356 ; *Pagé Construction c. Trois-Rivières Ouest*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-05-002136-985, J.E. 99-462 ; et *Morin c. 2968410 Canada inc.*, C.Q. Hull (cour des petites créances), n° 550-32-002072-962, J.E. 97-850.

aux moyens dont disposaient les tribunaux pour atteindre un nouvel équilibre entre la force des contrats et la justice contractuelle, sans toutefois créer un climat hostile à la sécurité des transactions commerciales. Espérons que les tribunaux sauront y voir clair en jugeant les nombreuses affaires où les parties invoqueront l'article 1437 C.c.Q. pour réduire ou annuler des clauses contenues dans des contrats d'adhésion.