

Les clauses abusives: Dix ans après

Benoît MOORE

Résumé

La consécration, à l'article 1437 C.c.Q., d'une règle sanctionnant de nullité ou de réductibilité les clauses abusives dans les contrats d'adhésion ou de consommation, constitue sans nul doute l'un des changements les plus importants qu'a apportés la réforme de 1994 comme en témoignent une jurisprudence nombreuse ainsi qu'une doctrine tout à la fois agitée et divisée.

Dans le présent texte, l'auteur entend proposer un bilan des dix premières années d'application de l'article 1437 C.c.Q. et ce, sous un double aspect. Tout d'abord, l'auteur procède à une revue des différents critères posés par le code et qui soulèvent certaines difficultés dont celle du moment de l'appréciation du caractère abusif de la clause. Puis, en un second temps, l'auteur étudie la question du champ d'application de l'article 1437 C.c.Q. Sur ce point, il propose quatre catégories afin de classer les différentes clauses jugées abusives et, suite à cette synthèse, traite de l'importante controverse doctrinale portant sur le rapport liant la notion de clause abusive et celle de lésion et propose d'y voir là deux notions complémentaires.

Les clauses abusives: Dix ans après

Benoît MOORE*

I. LES CRITÈRES D'APPLICATION DE L'ARTICLE 1437 C.C.Q.	69
A. Caractère excessif et déraisonnable de la clause (...)	70
1) Caractéristiques de l'adhérent	70
2) Moment de l'évaluation du caractère abusif de la clause	71
B. (...) allant ainsi à l'encontre de la bonne foi	76
C. La clause dénaturant le contrat	78
II. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 1437 C.C.Q.	80
A. Les clauses visées par l'article 1437 C.c.Q.: Petit inventaire jurisprudentiel.	82
B. L'article 1437 C.c.Q. et les prestations des parties	91
CONCLUSION.	100

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et avocat au Barreau du Québec. Le présent article tire son origine d'un chapitre du volume 2 du *Droit québécois des obligations* présentement en cours de rédaction avec le professeur Didier Lluellas. L'auteur tient à remercier son collègue Adrian Popovici pour avoir lu et commenté une version antérieure du présent texte et M. Sébastien Jetté pour son assistance dans le travail de recherche ayant été à la base de cet article.

La sanction des clauses abusives et, plus spécifiquement, l'adoption de l'article 1437 C.c.Q., qui donne un pouvoir au juge lorsque celles-ci se situent dans un contrat d'adhésion¹, fut certainement l'un des changements les plus importants de la codification de 1994, tout au moins dans le droit des obligations. Cette disposition donna lieu à de multiples réactions, tant doctrinales que jurisprudentielles, en ce qu'elle devenait dès lors l'une des dispositions les plus emblématiques de ce qu'il est convenu d'appeler la «nouvelle morale contractuelle». Elle est d'autant plus une icône que la lésion, elle, fut sacrifiée sur l'autel de la liberté contractuelle. Le présent texte entend proposer une revue des différentes difficultés soulevées par l'application de l'article 1437 C.c.Q. afin de voir comment les tribunaux ont su réagir à ce qui représentait, pour un auteur, «[...] l'un des plus grands défis de la profession juridique en droit des obligations»². Mais ce défi que lançait, en 1994, l'article 1437 C.c.Q., s'il constituait une rupture avec le droit québécois d'alors, s'inscrivait dans une forte mouvance européenne. Ce double contexte nous semble devoir être décrit avant de poser un constat sur les dix premières années d'application de l'article 1437 C.c.Q. en voyant tant les conditions que le champ d'application.

Perspectives historiques. Dans le droit québécois antérieur au 1^{er} janvier 1994, la neutralisation de certaines clauses défavorisant indûment un contractant s'opérait de manière fragmentaire par des interventions ponctuelles, tant de la magistrature que du législateur.

Le législateur tout d'abord intervenait dans des secteurs spécifiques, afin de limiter le pouvoir de la partie dominante. Il convient de mentionner le contrat d'assurance où est, par exemple, interdite, depuis la réforme de 1974, la clause qui exclut la couverture pour tout dommage résultant d'une «violation de la loi à moins que cette violation ne constitue un acte criminel»³, ou encore où est limitée à deux ans celle excluant le suicide en

1. Dans le présent article, nous ne mentionnerons que les termes *contrat d'adhésion* ou *adhérent*, afin d'éviter une surcharge du texte. Les lecteurs et les lectrices comprendront que, sauf contexte dérogatoire, les mots «contrat d'adhésion» et «adhérent» incluent «contrat de consommation» et «consommateur».

2. Pierre-Gabriel JOBIN, «Les clauses abusives», (1996) 75 *R. du B.* 503, 504.

3. Art. 2481 C.c.B.C. (maintenant art. 2402 C.c.Q.).

matière d'assurance vie⁴. Également, la *Loi sur la protection du consommateur*⁵ interdit certaines stipulations aux termes des articles 10 et suivants: qu'il suffise de citer la clause de non-responsabilité ou la clause imposant aux consommateurs des frais suite à l'inexécution de ses obligations. Enfin en matière de bail résidentiel, depuis la réforme de 1979⁶, plusieurs clauses, dont la clause pénale⁷ et la clause limitative de responsabilité du locateur⁸, sont annulables ou réductibles. Mais en ce domaine l'article 1664.11 C.c.B.C. mérite surtout d'être signalé puisqu'il est la première règle générale donnant au tribunal le pouvoir d'annuler ou de réduire toute clause qui «[...] en tenant compte des circonstances, est déraisonnable». Cette disposition, maintenant reprise à l'article 1901 C.c.Q., constitue en quelque sorte la préfiguration, de par son caractère général, de l'article 1437 C.c.Q.⁹.

Parallèlement à cette évolution législative, les tribunaux ont eux aussi agi afin de contrer ou de limiter certaines clauses spécifiques prenant, pour ce faire, appui sur différents moyens. Tout d'abord, et tout naturellement, les tribunaux ont utilisé l'exigence du consentement afin de limiter certaines clauses dérogatoires au droit commun et défavorables à l'adhérent, imposant pour ces clauses une preuve particulière de la «connaissance effective» de celles-ci. Ce fut tout particulièrement le cas en matière de clause limitative de responsabilité¹⁰, mais aussi pour d'autres clauses se retrouvant dans différents contrats d'adhésion, tels le contrat de travail, d'assurance ou de transport¹¹. Même si cet important outil

4. Art. 2532 C.c.B.C. (maintenant art. 2441 C.c.Q.).

5. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

6. Cette loi (*Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, c. 48) fait suite à une première réforme de 1973 (*Loi concernant le louage de choses*, L.Q. 1973, c. 74) qui comportait déjà des restrictions concernant certaines clauses particulières. Sur l'évolution de ces règles, voir: Pierre-Gabriel JOBIN, *Traité de droit civil- Le louage de choses*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, n° 169, p. 412.

7. Art. 1664.10 C.c.B.C.

8. Art. 1664.4 C.c.B.C.

9. Sur l'interprétation de cette disposition: P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 6, n° 170, p. 417; Pierre GAGNON, «L'équité contractuelle en droit du logement depuis 1994 et l'interdiction conventionnelle relative aux animaux favoris», (1999) 59 *R. du B.* 333 (l'auteur remarque que si cette disposition, sous l'ancien code, avait reçu une interprétation plutôt timide, son équivalent dans le Code civil du Québec a «pris du galon» dans le contexte, entre autres, de l'article 1437 C.c.Q.).

10. Sur ce point, voir notre texte: Benoît MOORE, «À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois», (1994) 28 *R.J.T.* 177, 211.

11. Marc LEMIEUX, «Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion», (2000) 41 *C. de D.* 61, 64.

se situait en amont du *contenu* du contrat, en ciblant la réalité du consentement – référant aujourd’hui aux articles 1435 et 1436 C.c.Q. plutôt qu’à l’article 1437 C.c.Q. –, il a contribué à mettre en évidence le danger potentiel que représentait le phénomène des contrats d’adhésion.

Les tribunaux ont également fait appel à deux principes directeurs du droit des contrats. Tout d’abord la notion d’ordre public leur a permis d’écarter ou de limiter certaines stipulations dont la fameuse clause de non-concurrence des cessions de commerce, des contrats de travail, de services ou de société. L’exigence de la bonne foi fut aussi, à tout le moins implicitement, utilisée afin de limiter certaines autres clauses. Ce fut le cas de la clause d’exclusion de la garantie des vices cachés: pour la Cour suprême du Canada, cette stipulation ne peut favoriser un vendeur professionnel, présumé connaître l’existence du vice¹². Il en est de même pour les clauses de non-responsabilité: en dépit de leur validité de principe¹³, ces clauses ont vu leur efficacité fortement limitée par les tribunaux. En effet, celles-ci ne peuvent écarter la responsabilité du débiteur de sa faute lourde ou volontaire ou encore, pour une certaine jurisprudence, ne peut avoir pour effet d’écarter la responsabilité du débiteur découlant de l’inexécution de l’obligation essentielle du contrat¹⁴.

Enfin, mais plus marginalement, certains tribunaux adoptant une vision extensive de la lésion, ont pu utiliser l’article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* afin de contrôler différentes clauses se retrouvant dans les contrats soumis à cette loi. Ce fut le cas pour la clause par laquelle un consommateur garantit la valeur résiduelle du véhicule loué à long terme¹⁵, la clause pénale ou encore la clause attributive de risques¹⁶.

L’ensemble de ces interventions, provenant soit d’une application des règles du droit commun, soit d’une intervention particulière du législateur, offrait plusieurs outils aux tribunaux afin

12. *General Motors c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, 799. Cette décision est maintenant codifiée à l’article 1733 C.c.Q. Sur ce sujet, voir: Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n^o 156, p. 197.

13. *Glengoil Steamship Line Co. c. Pilkington*, (1897) 28 R.C.S. 146.

14. Sur ces limites, en grande partie codifiées aux articles 1474-1477 C.c.Q., voir: Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, n^{os} 1410-1422, p. 951-962.

15. Ces clauses sont, depuis 1991, réglementées aux articles 150.18 et s. L.p.c.

16. Sur cette jurisprudence, voir: Claude MASSE, *Loi sur la protection du consommateur – Analyse et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 152.

de limiter les clauses abusives dans les contrats, sans toutefois que la notion elle-même, dans sa généralité, soit législativement reconnue, ce que faisaient déjà à cette époque plusieurs législations européennes.

Perspectives comparatives. Plusieurs pays d'Europe ont en effet, dès le milieu des années 70, développé une législation afin de protéger les parties vulnérables – consommateurs ou non-professionnels – à l'encontre des clauses abusives. Ces interventions diffèrent par leurs méthodes et leurs domaines d'application; limitons-nous à certaines illustrations les plus représentatives.

Par une loi du 9 décembre 1976¹⁷, la République fédérale d'Allemagne contrôlait le contenu des «conditions générales» des contrats quel que soit, en principe, la qualité des parties¹⁸. La notion de condition générale remplace celle de contrat-type ou de contrat d'adhésion que nous connaissons. Les conditions générales sont des clauses élaborées à l'avance dans le but d'unifier leur contenu normatif et d'assurer du même coup aux rédacteurs une position de dominance¹⁹. Est ainsi exclue de la réglementation, toute clause qui a été individuellement négociée par les parties. Ce sont les articles 9 à 11 de cette loi qui soumettent les conditions générales à un système de contrôle à deux vitesses. L'article 9 donne le pouvoir au juge de «déclarer nulle une clause d'AGB [conditions générales] qui désavantage de manière inappropriée le consommateur au mépris des principes de bonne foi et d'équité»²⁰. Cette disposition générale est suivie de deux autres articles présentant des listes de clauses. La première de ces listes, à l'article 10, est constituée de clauses en principe nulles mais que le tribunal peut, selon les circonstances, déclarer valides. C'est ce qu'on a communément appelé la liste grise. L'article 11, quant à lui, présente une liste de clauses abusives *in se*, c'est-à-dire de clauses pour lesquelles le tribunal n'a aucune marge d'apprécia-

17. *Loi relative au régime juridique des conditions générales des contrats*, 9 décembre 1979. Pour une présentation en français de cette loi, voir: Frédérique FERRAND, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997, nos 661-714, p. 632-682.

18. Alfred RIEG, «La lutte contre les clauses abusives des contrats – Esquisse comparative des solutions allemande et française», dans *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 221, à la p. 237.

19. F. FERRAND, *op. cit.*, note 17, n° 661, p. 632. La notion de conditions générales est définie à l'article 1 de la loi et fut l'objet d'une interprétation très libérale: Han W. MICKLITZ, «La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976 – Bilan de onze années d'application», *R.I.D.C.* 1989. 101.

20. F. FERRAND, *op. cit.*, note 17, n° 693, p. 661.

tion; c'est la liste noire²¹. Ce système qui allie une définition abstraite à une énumération de clauses spécifiques a également été adopté par d'autres pays européens²² et, nous le verrons, a inspiré la directive européenne.

En 1978, la France adopte à son tour une loi sur la protection des consommateurs²³ et instaure un système de contrôle différent impliquant tout à la fois le recours aux organes législatif, exécutif, administratif et judiciaire. Cette loi vise non seulement à sanctionner, mais aussi à prévenir l'inclusion de clauses abusives²⁴ dans tout contrat conclu entre un professionnel et un «non professionnel ou consommateur». L'article 35 de cette loi, prévoit que les clauses abusives sont réputées non écrites et établit les critères à cette qualification: 1) la clause doit porter sur un sujet limitativement énoncé à cet article²⁵; 2) elle doit avoir été imposée par le professionnel par un *abus de puissance* économique et conférer à ce premier un *avantage* excessif; 3) elle doit avoir été interdite, limitée ou réglementée par un décret pris en Conseil d'État. Ce système, trop complexe, fut plutôt un échec, le Conseil d'État s'étant limité à l'adoption d'un seul décret peu de temps après l'adoption de la loi. Cette relative inaction du pouvoir exécutif a également été à l'origine d'un vif débat: était-il absolument nécessaire qu'une clause fut ciblée pour mériter le label de clause abusive? Après des jugements contradictoires et malgré un texte de loi qui semblait clair, la Cour de cassation décida qu'un tribunal pouvait déclarer une clause abusive, en l'absence même de tout décret, dès lors que les autres conditions de la loi se trouvaient réunies²⁶.

21. Pour connaître le contenu de ces deux listes, voir: F. FERRAND, *op. cit.*, note 17, n° 678, p. 648.

22. Cf: B. MOORE, *loc. cit.*, note 10, p. 188.

23. *Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services.*

24. Pour tenter de prévenir l'insertion des clauses abusives, la loi instaure à son article 37, la commission des clauses abusives. Cette commission a pour mission de: 1) conseiller le Conseil d'État sur les projets de décret; 2) enquêter sur les clauses abusives se retrouvant dans les différents contrats-type usuels puis proposer leur éradication au Conseil d'État; 3) produire annuellement un rapport rendu public dans lequel la Commission propose certains changements législatifs et réglementaires. Voir B. MOORE, *loc. cit.*, note 10, p. 189 et s.

25. Cette liste contient les éléments suivants: 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, de résolution ou de reconduction du contrat.

26. Civ. 1^{re} 26 mai 1993, D. 1993. 568, note PAISANT; Christian LARROUMET, *Droit civil – Les obligations: Le contrat*, tome 3, 4^e éd., Paris, Economica, 1999, n° 433 bis, p. 397.

Face à ces interventions législatives multiples et diverses, la Communauté européenne adopte, le 5 avril 1993, une directive²⁷ sur le sujet. Celle-ci définit, à son article 3, la clause abusive comme étant celle qui, «[...] en dépit de l'exigence de la bonne foi, [...] crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat». La clause doit se retrouver dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur – qui doit nécessairement agir pour des fins personnelles – et ne doit pas avoir fait l'objet d'une négociation individuelle, ce qui est notamment le cas, prévoit la directive, dans le cadre d'un contrat d'adhésion²⁸. Cette définition de la clause abusive est suivie par une «liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives» empruntant ainsi quelque peu à la «liste grise» utilisée dans plusieurs législations nationales.

La France s'est conformée à la directive européenne par une loi du 1^{er} février 1995, modifiant ainsi la loi de 1978²⁹. Cette nouvelle législation présente une définition de la clause abusive similaire à celle de la directive, le critère déterminant étant le «déséquilibre significatif» provoqué par la clause³⁰. Le domaine d'application de la loi est celui des contrats liant un professionnel et un «non-professionnel ou consommateur» mais n'est pas limité, contrairement à la directive, aux seules clauses n'ayant pas été individuellement négociées ce qui écarte, une fois de plus, toute référence à la notion de contrat d'adhésion ou de condition générale. Le législateur français reproduit ensuite la liste de clauses incluses à la directive en précisant toutefois que non seulement cette liste n'est qu'indicative, mais également qu'elle n'a pas pour effet de dispenser le consommateur de prouver le caractère abusif de la clause litigieuse³¹. Enfin la loi, tout en n'abrogeant pas le pouvoir du Conseil d'État de déclarer certaines clauses abusives

27. Directive CEE n° 93-13 du Conseil du 5 avril 1993 – *Concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, D. 1993. L. 360.

28. Art. 3, al. 1 et 2. Encore une fois, on constate l'exclusion du contrat d'adhésion comme discriminant nécessaire à la qualification d'une clause abusive. Le critère retenu porte plutôt sur la non-négociation individuelle de la clause litigieuse et s'inspire indubitablement de la notion de «condition générale» retenue par la loi allemande de 1976.

29. *Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial*, J.C.P. 1995. III. 67286.

30. Art. 1, al. 1. Cette loi a été insérée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation français. Nous la citerons désormais de cette façon.

31. L. 132-1, al. 3 Code de la consommation français.

en regard de la définition législative, confirme la position de la Cour de cassation quant au caractère facultatif d'un tel décret. Les tribunaux ont donc le pouvoir de déclarer abusive toute clause répondant aux critères généraux de la loi. Pour ce faire ils peuvent s'inspirer de la liste indicative incluse dans la loi ainsi que des recommandations de la Commission des clauses abusives.

*

Malgré l'existence de ces divers modèles, le législateur québécois a opté pour un système basé uniquement sur une définition large de la notion de clause abusive. C'est cette définition, présente à l'alinéa 2 de l'article 1437 C.c.Q., qui retiendra maintenant notre attention. Il convient d'examiner comment ont été interprétés les différents critères qui y sont précisés (I), pour ensuite en étudier le champ d'application (II).

I. LES CRITÈRES D'APPLICATION DE L'ARTICLE 1437 C.C.Q.

L'article 1437 C.c.Q., après avoir posé dans son premier alinéa que la clause abusive incluse dans un contrat d'adhésion est nulle ou réductible, précise, dans son alinéa second, qu'«[e]st abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière *excessive et déraisonnable*, allant ainsi à l'encontre de 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». Devant cette «tentative» de définition, critiquée³², il est opportun de cerner le sens des critères retenus par la loi, soit le caractère excessif et déraisonnable de la clause (A) qui va à l'encontre des exigences de la bonne foi (B). Nous verrons ensuite comment est utilisée la partie finale de ce second alinéa qui établit que la clause dénaturant le contrat est abusive (C).

32. Pour un auteur qui met en doute l'opportunité d'une telle définition, voir: Jean H. GAGNON, «Le contrat d'adhésion sous le Code civil du Québec», dans *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 1, à la p. 33 (qui remarque qu'un tel effort n'a pas réellement été fait dans le cadre des clauses illisibles ou incompréhensibles). C'était d'ailleurs la conclusion de l'O.R.C.C. qui, à l'article 76 de son rapport, proposait une règle sur les clauses abusives dont toute définition était absente: «La clause abusive d'un contrat est annulable ou réductible».

A. *Caractère excessif et déraisonnable de la clause (...)*³³

Ces facteurs, qui rappellent ceux utilisés en matière de lésion, calibrant la disproportion dans les avantages que procure une clause au stipulant, exigent que le déséquilibre soit injuste – nous y reviendrons – et paraissent, *a priori*, être objectifs, détachés des particularités propres à l'adhérent³⁴. Or, cette question de l'abstraction de l'évaluation ne fait pas l'unanimité dans la jurisprudence et la doctrine, et recoupe, en fait, plusieurs difficultés. Le juge Baudouin, prenant le soin de distinguer les deux éléments du critère, expose bien cette incertitude. Pour lui, si le qualificatif «déraisonnable» semble référer à une norme exclusivement objective, le qualificatif «excessif» recoupe à la fois un aspect objectif – c'est-à-dire une disproportion objective entre les obligations respectives – et un aspect subjectif. L'aspect subjectif réfère alors tant à l'impact de la clause sur la *situation particulière de l'adhérent* (1), qu'aux circonstances spécifiques de son *application*³⁵, ce qui pose alors la question du moment de l'évaluation du caractère abusif d'une clause (2).

1) **Caractéristiques de l'adhérent**

À ce chapitre on se doit tout d'abord d'écarter les caractéristiques liées à *l'aptitude* pour une partie de comprendre ou de négocier le contrat, ces éléments ne relevant pas de l'article 1437 C.c.Q. mais plutôt de la qualification du contrat d'adhésion aux termes de l'article 1379 C.c.Q. L'article 1437 C.c.Q. ne vise pas en effet à sanctionner l'ignorance vraisemblable de la clause, mais son contenu injuste. Par conséquent le fait que la partie aurait normalement pu connaître et comprendre cette clause est indifférent, une fois qu'a été établie l'impossibilité pour lui de la faire modifier³⁶.

Plus problématique apparaît la question de savoir si la situation particulière de l'adhérent doit être prise en compte dans l'évaluation *des effets de la clause* (appréciation *in concreto*) ou si

33. Cette section reprend des passages de notre texte: «Le contrôle des clauses abusives: entre formation et exécution du contrat», dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 461.

34. Adrian POPOVICI, «Le nouveau code civil et les contrats d'adhésion», (1992) *Mer. Mem. Lect.* 137, 152.

35. *P.G. Québec c. Kabakian-Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730, 1739 (C.A.).

36. Cette distinction n'est pas toujours faite dans la jurisprudence: B. MOORE, *loc. cit.*, note 33, p. 464.

l'on ne doit pas plutôt se limiter à une évaluation abstraite de ceux-ci (appréciation *in abstracto*). Sur cette question, au moins quelques décisions acceptent de prendre en compte l'impact particulier d'une clause envers l'adhérent. Ces décisions concernent la clause incluse dans un bail interdisant au locataire de posséder un animal domestique. Une telle clause, qui n'est généralement pas reconnue abusive, peut, selon ces décisions, le devenir lorsqu'on l'applique, par exemple, à l'encontre d'une personne qui ressent un bienfait tout particulier de la présence d'un animal de compagnie³⁷. Mais cette question de la prise en compte des caractéristiques de l'adhérent recoupe celle, plus générale, des *circonstances de l'application* de la clause.

2) Moment de l'évaluation du caractère abusif de la clause

La question ici est de savoir si le caractère abusif d'une clause doit être relevé en tenant compte des circonstances existant lors de l'application de celle-ci ou si on ne doit pas plutôt évaluer le caractère abusif de la clause au moment de la formation du contrat et ainsi se limiter aux clauses abusives *in se*. Sur ce point, si certaines décisions se limitent aux circonstances présentes à la formation du contrat³⁸, plusieurs acceptent de prendre en compte les circonstances lors de l'application de la clause litigieuse³⁹. En

37. P. GAGNON, *loc. cit.*, note 9. En jurisprudence voir, entre autres: *Fram c. Office municipal d'habitation de Pointe-Claire*, J.E. 98-1402 (C.Q.). En plus des caractéristiques personnelles de l'adhérent, les tribunaux exigent l'absence de préjudice pour les autres locataires et au lieu loué. Ces éléments qui s'imposent au bon sens – un serin n'est pas cochon chinois! – ne nous semblent par ailleurs pas relever d'une analyse du contenu contractuel sous l'article 1437 C.c.Q. En effet, même en l'absence de clause interdisant les animaux, un locataire ne peut posséder un animal – ou poser tout autre geste – susceptible de préjudicier les autres locataires ou le propriétaire.

La Cour d'appel a, par ailleurs, récemment rendu une décision ayant pour effet d'opposer une telle clause prohibitive, renversant ainsi le jugement de la Cour supérieure qui, compte tenu des circonstances particulières, avait permis à la locataire de conserver ses deux chats. Mais, les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel portent uniquement sur le fait que les décisions de la Régie du logement et de la Cour du Québec n'étaient pas manifestement déraisonnables et donc que la Cour supérieure n'aurait pas dû les renverser. Cette décision ne constitue par conséquent pas un arrêt de principe: *Office municipal d'habitation de Pointe-Claire c. Coulombe*, [1999] R.J.Q. 2348 (C.A.); [1996] R.J.Q. 1905 (C.S.).

38. *Tellier c. La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance sur la vie*, J.E. 98-1530 (C.S.); *Huel c. Décalcomanie Beaver Inc.*, J.E. 97-727 (C.S.); *Rousse c. Dion*, J.E. 2001-1213 (C.S.). Voir aussi: *Banque Toronto-Dominion c. Béliand*, B.E. 97BE-661.

39. *Gaillard c. Microtec Inc.*, J.E. 95-782 (C.Q.); *Société générale Beaver Inc. c. Métaux ouvrés St-Philippe Inc.*, J.E. 94-1295 (C.S.); *Gosselin c. 102150 Canada Inc.*, J.E. 96-730 (C.Q.); *Audet c. Jetté*, J.E. 98-2097 (C.S.).

ce sens, on a jugé abusive la clause par laquelle un salarié perdait une partie de son bonus lorsqu'il quittait son emploi dans les cinq premières années, lorsque cette clause était appliquée à un salarié qui quittait pour raison de maladie⁴⁰. A également été jugée abusive une clause incluse dans un contrat d'assurance, limitant la couverture des soins à ceux prodigués dans les douze mois suivant l'accident, lorsqu'il appert que certains traitements particuliers ne pouvaient être effectués, pour des raisons médicales, à l'intérieur de cette période⁴¹. Toujours en matière de contrat d'assurance, a également été jugée abusive une clause soumettant la couverture pour troubles psychiatriques au fait que l'assuré recevait des soins réguliers d'un psychiatre alors qu'il n'y avait pas de tel spécialiste dans sa région de résidence⁴².

Cette approche reçoit l'aval d'une majorité d'auteurs⁴³, mais certains la critiquent, soulignant qu'un tel procédé risque de confondre la notion de clause abusive avec celle d'abus de droit, et surtout, d'imprévision⁴⁴. C'est ce qu'a d'ailleurs retenu la Cour d'appel dans l'important arrêt *Kabakian-Kechichian*. Le juge Baudouin, au nom de la Cour, écrit qu'«[...] en matière de clauses abusives, on doit évaluer principalement celles-ci au moment de la conclusion de l'engagement. Revoir le contrat au moment de son exécution et réduire l'obligation du parrain en tenant compte de sa capacité de payer me paraît alors n'être rien d'autre qu'une révision de la convention par le juge pour imprévision, notion qui n'est pas acceptée dans notre droit comme principe général [...]»⁴⁵. La

40. *Mc Andrew c. Supermarché Tassé ltée*, J.E. 96-2308 (C.Q.).

41. *S.S.Q., Société d'assurance-vie c. 2970-3691 Québec Inc.*, J.E. 95-1806 (C.S.).

42. *Papineau c. La Survivance, Compagnie mutuelle d'assurance-vie*, [2001] R.R.A. 277 (C.Q.).

43. Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 393; Sylvette GUILLEMARD, «Les clauses abusives et leurs sanctions: la quadrature du cercle», (1999) 59 *R. du B.* 369, 382; Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^o 105, p. 123; P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 514; François HÉLEINE, «Le droit des obligations – Une double préoccupation des tribunaux: contrôler les comportements – s'adapter au droit nouveau», dans *Le nouveau Code civil du Québec: un bilan*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 27, à la p. 38.

44. Brigitte LEFEBVRE, «La bonne foi: notion protéiforme», (1996) 26 *R.D.U.S.* 321, 353. Un autre auteur soulève également qu'une telle appréciation porterait indûment atteinte à la sécurité des transactions: M. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 11, p. 91. En jurisprudence, voir: *Rousse c. Dion*, J.E. 2001-1213 (C.Q.); *Tellier c. La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance sur la vie*, précité, note 38; *Huel c. Décalcomanie Beaver Inc.*, précité, note 38.

45. *P.G. Québec c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 35. Remarquons par ailleurs dans cette citation, que la Cour se préserve contre une affirmation trop caté-

solution à cette difficile question, quant à nous, semble devoir participer à la fois d'une application *raisonnée et nécessaire* de l'article 1437 C.c.Q. et d'une approche *pragmatique* de ce remède.

Il faut tout d'abord se préserver d'utiliser l'article 1437 C.c.Q. dans des situations où l'application de la théorie générale des obligations aurait suffi pour protéger adéquatement l'adhérent. Ainsi, on a vu un tribunal, invoquant des circonstances particulières, annuler une clause imposant à un entrepreneur d'indemniser la ville pour tout dommage qu'elle a l'obligation de compenser à un tiers. Or, en l'occurrence, ces «circonstances particulières» résidaient dans le fait que les dommages causés aux tiers ne provenaient pas des travaux effectués par l'entrepreneur et étaient extérieurs au contrat. L'application du droit commun aurait ici suffi, le débiteur n'ayant commis aucune faute⁴⁶. Dans une autre affaire, il aurait été suffisant d'invoquer le caractère impératif des dispositions sur les vices du consentement afin d'annuler une clause par laquelle l'adhérent renonçait à son droit d'invoquer le dol⁴⁷. Aussi, les tribunaux ont pu utiliser l'article 1437 C.c.Q., alors que la notion d'ordre public ou, encore, une disposition impérative interdisant ou réglementant la clause litigieuse, aurait suffi⁴⁸.

Mais l'utilisation «abusive» de l'article 1437 C.c.Q. se fait tout particulièrement au détriment des règles d'interprétation du contrat, et plus spécialement de l'article 1432 C.c.Q. Par exemple, dans l'affaire déjà citée, en quoi était-il nécessaire d'annuler la clause de la perte de bonus de l'employé, alors qu'il aurait été tout

gorique en laissant la porte ouverte à une évaluation des circonstances de l'application de la clause.

46. *Allstate, compagnie d'assurance c. Lasalle (Ville de)*, B.E. 99BE-781 (C.S.).

47. *Lachapelle c. Promotions C.G.S. Inc.*, J.E. 95-1356 (C.Q.) [nullité en cas de dol]; *Pitney Bowes du Canada ltée (P.B. Leasing)*, [1996] A.Q. n° 2530 (Quicklaw) (C.Q.).

48. Voir: *A.T. & T. Capital Can. Inc. c. 3100-9459 Québec Inc.*, J.E. 99-1916 (C.S.) [art. 1848]; *Abadie c. Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec*, [2000] R.J.D.T. 569 (C.Q.) [clause imposant une pénalité pour une résiliation unilatérale violant ainsi l'article 2091 C.c.Q.]; *Orsonique Inc. c. Girard*, D.T.E. 2002T-593 (C.Q.) [clause imposant un préavis trop long violant ainsi l'article 2091 C.c.Q. – le tribunal cite cet article avec l'article 1437 C.c.Q.]; *Bouchard c. Securespace*, J.E. 98-2326 (C.Q.) [152 L.p.c.]; *St-Pierre c. Canadian Tire Magasins associés*, B.E. 97BE-560 (C.Q.) [1733 C.c.Q.]. Voir également une affaire où on a appliqué l'article 1437 C.c.Q. dans un contrat qui non seulement n'était pas d'adhésion mais qui, en fait, n'existait pas puisqu'il était soumis à une condition suspensive qui ne s'est jamais réalisée: *Bourassa c. Dumais*, [2001] R.D.I. 157 (C.Q.).

à fait possible, en interprétant cette clause, de ne la limiter qu'au départ volontaire – démission – du salarié⁴⁹? Il en va de même dans des décisions où est annulée une clause sous prétexte qu'elle devient abusive lorsqu'on lui attribue un certain sens. C'est le cas dans une décision où a été jugée abusive une clause qui permettait au locataire de ne couper que les arbres morts lorsque les locataires, de bonne foi, avaient également coupé les arbres malades et irrécupérables nuisant à l'exploitation⁵⁰. La question est ici de savoir si l'interprétation donnée par les locataires pouvait être défendue. Or, ce recours à «l'interprétation abusive» relève clairement des principes d'interprétation selon lesquels, entre deux sens possibles, on doit préférer celui qui rend la clause légale plutôt qu'illégale. Le rapport entre interprétation et clause abusive rappelle quelque peu celui qui existe entre la clause incompréhensible et l'interprétation⁵¹, et leur cohabitation semble résider dans la sanction respective des deux notions: *sens* favorable à l'adhérent dans un cas, *nullité* de la clause dans l'autre.

En dernière analyse, la prise en considération des circonstances lors de l'application de la clause semble donc généralement cacher une utilisation critiquable de l'article 1437 C.c.Q. Afin d'éviter de tels «abus», le tribunal doit s'assurer, avant d'appliquer cet article, qu'il ne peut pas interpréter la clause en lui donnant un sens favorable à l'adhérent⁵², ou encore appliquer le droit commun ou une disposition spécifique concernant ladite clause.

Mais malgré cela, et même s'il est vrai, en principe, que l'évaluation du caractère abusif de la clause doit se faire en fonction des circonstances existant lors de la formation du contrat⁵³,

49. *Mc Andrew c. Supermarché Tassé ltée*, précité, note 40. Pour d'autres exemples: *Syndicat des copropriétaires de l'Aristocrate c. Morgan*, [2000] R.J.Q. (C.S.); *Allstate, Compagnie d'assurances c. Lasalle (Ville de)*, précité, note 46. Sur le rapprochement entre l'exercice interprétatif de la clause et le caractère abusif de celle-ci, voir également: *Compagnie d'assurances du Québec c. Groupe pétrolier Nirom Inc.*, [1999] R.R.A. 253 (C.A.); [1996] R.R.A. 176 (C.S.).

50. *Audet c. Jetté*, précité, note 39. Voir également sur cette idée «d'interprétation abusive»: *Paquin c. Territoire des Lacs Inc.*, [2000] R.D.I. 297; *Compagnie d'assurances du Québec c. Groupe pétrolier Nirom Inc.*, [1999] R.R.A. 253 (C.A.), où la Cour d'appel semble condamner un tel raisonnement.

51. Voir: Benoît MOORE, «Autonomie et spécificité de l'article 1436 C.c.Q.», dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse – En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 593.

52. V. KARIM, *op. cit.*, note 43, p. 400.

53. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 4(1) de la directive européenne ainsi qu'à l'article 1 par. 5 de la loi introduisant cette directive en droit français.

l'on doit tout de même éviter, comme nous y invite en quelque sorte la Cour d'appel⁵⁴, de refuser péremptoirement de prendre en compte des événements particuliers pouvant «corroborer»⁵⁵ ou révéler le caractère abusif d'une clause. En ce sens, *il faut adopter une approche pragmatique de la notion de clause abusive*. Prenons par exemple l'évaluation du caractère abusif d'une clause pénale pour laquelle il est vain de soutenir qu'elle puisse être abusive *in se*, l'analyse des circonstances, dont les dommages réels, étant incontournable dans l'évaluation⁵⁶. On ne doit donc pas écarter une appréciation contextuelle, *in concreto*, lorsque cela s'avère nécessaire⁵⁷.

L'appréciation des caractères «déraisonnable et excessif» d'une clause doit donc être faite en fonction du contexte interne de celle-ci [incluant les autres clauses du contrat, nous y reviendrons] et, dans une moindre mesure, de son contexte externe [la situation du cocontractant et les circonstances de l'exécution du contrat] à tout le moins comme révélateur de l'abus préexistant dans la clause. Si, par ailleurs, le contexte interne nous semble nécessaire dans tous les cas, l'évaluation du contexte externe n'est utile que lorsque la clause n'est pas *a priori* et en soi abusive. Cette conclusion nous semble la seule possible afin que ne soient pas nulles les seules clauses abusives *in se*. Une telle solution, trop restrictive, aurait pratiquement pour effet de neutraliser l'article 1437 C.c.Q. puisque bien souvent les clauses abusives en elles-mêmes, en dehors de tout contexte, peuvent être sanctionnées par la notion d'ordre public. En adoptant une solution pragmatique où l'évaluation des circonstances est permise, un rapprochement peut être fait avec les listes noire et grise anciennement adoptées par certaines législations européennes, constituées de clauses réputées ou présumées abusives. Les tribunaux sauront, au gré de leur décisions, nous le souhaitons, développer de telles présomp-

54. Dans l'affaire *Kabakian*, la Cour souligne en effet qu'«en matière de clauses abusives, on doit évaluer *principalement* celles-ci au moment de la conclusion de l'engagement [...]» (c'est nous qui soulignons): *P.G. Québec c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 35.

55. *Millette c. S.S.Q. Société d'assurance-vie Inc.*, [1997] R.R.A. 243 (C.Q.).

56. Voir par exemple: *2429-8952 Québec Inc. c. Trois-Rivières (Ville de)*, [2001] R.J.Q. 2218 (C.A.); *Univers Gestion multi-voyages Inc. c. Air Club International Inc.*, J.E. 97-772 (C.S.); *151276 Canada Inc. c. Verville*, [1994] R.J.Q. 2950 (C.S.).

57. Il est par ailleurs vrai qu'une telle approche contextualisée crée un rapprochement entre les notions de clause abusive, d'abus de droit et d'imprévision. Sur cette question, voir nos commentaires dans *loc. cit.*, note 33, p. 461.

tions afin de rendre certaines clauses abusives dans tous les cas et, par ce fait, donner éventuellement un rôle *préventif* à l'article 1437 C.c.Q.⁵⁸.

Le législateur ne donne aucune autre indication de ce que constitue le caractère excessif ou déraisonnable d'un avantage. Certes l'utilisation même des termes laisse à penser qu'il s'agit non pas d'un simple avantage mais c'est la présence de la bonne foi qui donne réellement la balise nécessaire à l'intervention judiciaire: tirer profit d'une situation de dominance oui, en abuser, non.

B. (...) allant ainsi à l'encontre de la bonne foi

La bonne foi, à laquelle réfère l'article 1437 C.c.Q., est une bonne foi «objective», c'est-à-dire fixant une norme comportementale conformément aux articles 7 et 1375 C.c.Q.⁵⁹. Cette bonne foi vise l'étape pré-contractuelle au cours de laquelle se détermine le contenu du contrat⁶⁰. Elle implique ainsi un devoir de loyauté exigeant du stipulant qu'il ne profite pas indûment de sa situation de dominance. La présence de la bonne foi à l'article 1437 C.c.Q. ne semble pas, pour une majorité d'auteurs⁶¹, ajouter un critère distinct au caractère excessif et déraisonnable, mais constitue plutôt le fondement de la règle en plus d'affirmer le sens à donner au seul véritable critère – le caractère excessif et déraisonnable de la clause –, d'en donner un *facteur* d'évaluation⁶². On rejoint alors indubitablement l'idée d'exploitation de l'article 1406 C.c.Q.⁶³. On condamne uniquement la clause qu'un autre stipulant se trouvant dans cette même situation privilégiée n'aurait pas, profitant de l'incapacité de l'autre d'y faire obstacle, incluse dans le contrat.

58. J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 103, p. 120.

59. Nathalie CROTEAU, «Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi», (1996) 26 *R.D.U.S.* 401, 406; A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 34, p. 153; B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 44, p. 329.

60. Brigitte LEFEBVRE, «Le contrat en général – Rapport canadien», dans *Travaux de l'Association Henri Capitant, La bonne foi*, t. XLIII, Paris, Litec, 1992, p. 85, à la p. 98.

61. De cet avis: J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 2, n° 104, p. 122; B. MOORE, *loc. cit.*, note 10, p. 224; P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 513.

62. P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 513.

63. Sur cette idée: Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001, n° 239, p. 425; N. CROTEAU, *loc. cit.*, note 59, p. 406. En jurisprudence, voir: *Le c. Le*, [1994] R.J.Q. 1058 (C.S.).

Agissant ainsi, le stipulant n'adopte pas un comportement raisonnablement prudent et diligent et pose là un geste fautif⁶⁴.

Un critère qui est fréquemment utilisé par les tribunaux⁶⁵, ainsi que par une certaine doctrine⁶⁶, participe de cette analyse: il s'agit du caractère standard de la clause. Ce critère ne trouve pas sa justification dans le consentement présumé de l'adhérent que le tribunal déduirait de la fréquence de l'utilisation de la clause. L'article 1437 C.c.Q. ne portant pas sur le consentement, il ne sert à rien de démontrer, un peu comme on le fait pour l'inclusion d'un usage dans le contenu contractuel, que l'adhérent devait ou aurait dû connaître la clause. Le fondement possible d'un tel critère repose plutôt sur l'absence d'exploitation de la part du stipulant dans le fait d'inclure une clause dite «standard». Même s'il répond à une certaine logique, ce critère mérite, à notre avis, d'être écarté⁶⁷. Une clause n'est pas moins injuste parce qu'elle est fréquente. En fait, adopter une telle logique revient à nier le danger même que recèle l'utilisation des contrats d'adhésion puisque l'absence de pouvoir de l'adhérent sur le contenu ainsi que la standardisation des contrats et l'absence de concurrence quant au contenu normatif de ceux-ci, rendent standard bien souvent, les clauses abusives.

À tout événement, la notion de bonne foi, tout aussi vague et floue que la notion de clause abusive, ne fournit tout au plus qu'un guide à la magistrature qui, fait-on remarquer, ne l'utilise que fort peu⁶⁸ et généralement que d'une façon rhétorique, tout comme la doctrine d'ailleurs qui n'y fait, bien souvent, qu'une rapide allusion lorsqu'elle ne critique pas le fait qu'on lui fasse référence⁶⁹.

64. *P.G. Québec c. Nicolas*, [1996] R.J.Q. 1679 (C.S.); J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 63, n° 239, p. 425.

65. *Banque Toronto-Dominion c. Béland*, précité, note 38; *Bonanza Holidays Tours Ltd. c. British Airways*, J.E. 95-1531 (C.S.) [le tribunal, statuant sur une clause de résiliation unilatérale exigeant un préavis de sept jours, relève que la demanderesse n'a soumis aucune preuve d'usage en ce domaine qui aurait pu démontrer le caractère abusif d'une telle stipulation]; *Chrétien c. Chambre des notaires du Québec*, [2001] R.J.Q. 2671 (C.S.); *Loiselle c. Société Canada Trust-Le Permanent*, J.E. 97-999 (C.A.); *Medi-Dent Service c. Bercovitch*, J.E. 96-2131 (C.S.); *Électronique Norjec Inc. c. McNicoll*, J.E. 97-1778 (C.Q.).

66. V. KARIM, *op. cit.*, note 43, p. 396.

67. Du même avis: Brigitte LEFEBVRE, «Le contrat d'adhésion», dans Numéro spécial de la Revue du Notariat, *Le Code civil du Québec: Bilan d'un première décennie 1994-2004*, Montréal, 2003, p. 439, 460.

68. J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 104, p. 121; N. CROTEAU, *loc. cit.*, note 59, p. 423.

69. A. POPOVICI, *op. cit.*, note 34, p. 153.

C. La clause dénaturant le contrat

Les éléments vus précédemment sont suivis, à l'alinéa 2 de l'article 1437 C.c.Q., de ce qui semble être un exemple de clause abusive: «[...] est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci». Malgré ce rôle illustratif, ce passage ne pêche pas par excès de clarté et les rares auteurs qui le discutent en proposent plusieurs significations possibles.

Certains ont ainsi vu, dans cette expression, un renvoi à la théorie anglo-saxonne du *fundamental breach of contract*, destinée à neutraliser une clause de non-responsabilité dans le contexte de l'inexécution de l'obligation principale au contrat. Si ce lien n'est pas dénué de tout fondement – comme tend à le démontrer une certaine jurisprudence qui utilise maintenant l'article 1437 C.c.Q. pour invalider ce type de clause⁷⁰ –, il semble par ailleurs réducteur en ce que seule serait visée la clause d'exclusion de responsabilité⁷¹ dans un contexte où la jurisprudence, nous l'avons vu, l'avait déjà invalidée⁷². Une certaine jurisprudence⁷³ a plutôt invoqué la théorie des attentes raisonnables pour justifier cet énoncé. C'est d'ailleurs dans le contexte de l'article sur les clauses abusives que se retrouvait codifiée, dans l'*Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, la théorie des attentes raisonnables⁷⁴. Il nous semble que le texte tel qu'adopté, même s'il ne contient plus cette référence expresse à la théorie, laisse encore place à son

70. Par exemple: *Thériault c. Dumas*, J.E. 2000-1961 (C.Q.); *Huot c. Systèmes de sécurité Nasa Inc.*, J.E. 2001-1216 (C.Q.).

71. Élise CHARPENTIER, «L'article 1437 C.c.Q. ou de l'art de lire un article qui surprend», dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 233, 242; B. MOORE, *loc. cit.*, note 10, p. 226.

72. Certains auteurs voient d'ailleurs, dans cette jurisprudence, l'inspiration de cette partie de l'article 1437 C.c.Q.: J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 106, p. 124; Nathalie CROTEAU, *Le contrat d'adhésion: De son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 120; P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 513; *Rousse c. Dion*, précité, note 38. On peut également y voir une présomption irréfragable: Pierre-Gabriel JOBIN, «La révision du contrat par le juge dans le Code civil», dans *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 400, 414; *Banque Toronto-Dominion c. Béland*, précité, note 38.

73. *Michaud c. Société Mutuelle d'Assurance générale du comté de Rivière-du-Loup*, [1997] R.R.A. 629 (C.Q.); *Wofford c. Boréal Assurances Co.*, [1995] R.R.A. 811 (C.Q.).

74. 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 raisonnables» (c'est nous qui soulignons).

application, dans un sens plus relatif, encadré par un *constat d'ordre objectif*⁷⁵. Si une clause est tellement éloignée de ce qui se retrouve *naturellement* dans le contrat, il y a tout lieu de croire que l'adhérent ne pouvait s'y attendre et qu'il ne pouvait la négocier.

Cette partie de l'article 1437 C.c.Q. peut également être reliée à la fois à une théorie d'interprétation des contrats d'adhésion avancée par certains anciens auteurs français⁷⁶, qu' à deux présomptions présentes dans la loi allemande de 1976⁷⁷. À l'article 9 de cette loi, il est prévu que dans le doute «il convient de présumer qu'un tel désavantage inapproprié existe dès lors qu'une stipulation: 1) n'est pas compatible avec les principes fondamentaux de la réglementation légale à laquelle elle déroge ou 2) restreint à un tel point les droits ou obligations essentiels découlant de la nature même du contrat que la finalité du contrat semble compromise»⁷⁸. Il nous semble que ces deux éléments se retrouvent conjugués dans l'expression utilisée à l'article 1437 C.c.Q.⁷⁹. On doit se servir de la nature du contrat, de sa «finalité» et de la réglementation légale supplétive⁸⁰, afin de donner un cadre objectif au contenu contractuel, posant ainsi un étalon de comparaison.

75. Sur cette théorie, voir: Didier LLUELLES, «La théorie des attentes légitimes (ou «raisonnables») dans la clarification contractuelle: Est-ce si légitime? Est-ce bien raisonnable», dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 407.

76. Sur cette théorie, voir: René DEMOGUE, *Traité des obligations en général: Sources des obligations*, t. 2, Paris, Arthur Rousseau, 1923, p. 311: «Elle consiste à distinguer dans les contrats d'adhésion deux sortes de clauses: les clauses essentielles qui sont généralement verbales ou manuscrites et les clauses accessoires qui sont généralement imprimées. La plupart du temps, les deux parties acceptent sciemment et librement les clauses essentielles. Quant aux autres, l'adhérent connaît ou comprend mal leur teneur et la portée qu'elles peuvent avoir si on les prend à la lettre. Elles ne doivent produire d'effet contre l'adhérent que si elles ont pour résultat de préciser ou de compléter les clauses essentielles, mais non si elles viennent métamorphoser subrepticement l'essence du contrat». Également, la professeure Charpentier soutient qu'il est possible de relier la notion de dénaturation à Domat selon qui les conventions comportent des «suites naturelles» qui peuvent être écartées si elles le font explicitement et si elles respectent la nature et la finalité du contrat: É. CHARPENTIER, *loc. cit.*, note 71, p. 242 et s.

77. De cet avis: E. CHARPENTIER, *loc. cit.*, note 71, p. 246.

78. F. FERRAND, *op. cit.*, note 17, n° 693, p. 66.

79. On retrouvait plus expressément encore ces deux présomptions dans le Projet de loi 125 à l'article 1433, al. 2: «[...] 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» (c'est nous qui soulignons).

80. V. KARIM, *op. cit.*, note 43, p. 393; É. CHARPENTIER, *loc. cit.*, note 71. Et non de sa réglementation impérative, la clause y dérogeant étant nécessairement nulle sans besoin d'invoquer l'article 1437 C.c.Q. pour ce faire: *Abadie c.*

Mais cette expression ne constitue pas un critère d'application de l'article 1437 C.c.Q. et doit se cantonner à son rôle d'exemple⁸¹. S'il est acceptable que les tribunaux utilisent cette illustration afin de faciliter la qualification du caractère abusif de la clause litigieuse, tout particulièrement lorsque celle-ci exonère le stipulant d'une partie importante ou de l'ensemble de ses obligations principales⁸², il faut souhaiter que les juges ne l'exigent pas comme critère nécessaire, ce qui ne semble pas toujours le cas⁸³.

II. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 1437 C.C.Q.

Si tout contrat même négocié est susceptible de contenir des clauses au contenu déraisonnable ou injuste pour l'un des contractants, la vulnérabilité de l'adhérent justifie que l'on écarte plus aisément le contenu contractuel afin de protéger la partie défavorisée. C'est ce constat que pose le législateur en ciblant, à l'article 1437 C.c.Q., les seuls contrats d'adhésion ou de consommation. Nous verrons dans cette partie le champ d'application de cette disposition, mais il nous semble utile, avant tout, de tracer en quelques lignes les moyens qui existent afin d'intervenir sur les clauses injustes hors de l'application de l'article 1437 C.c.Q., c'est-à-dire dans les contrats de gré à gré.

Tout d'abord le *Code civil du Québec*, tout comme le faisait dans une certaine mesure le *Code civil du Bas-Canada*, régle-

Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec, précité, note 48 [clause imposant à l'employé une pénalité en cas de résiliation, et ce, en violation de l'article 2091 C.c.Q.].

81. J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 106, p. 124; N. CROTEAU, *op. cit.*, note 72, p. 128; P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 513.
82. Par exemple: *Leroux c. Toyota Canada Inc.*, B.E. 99BE-70 (C.Q.) [clause dans un contrat de garantie additionnelle exigeant de l'acheteur qu'il démontre que tous les propriétaires antérieurs ont respecté les conditions de la garantie et les instructions d'entretien]; *Michaud, Société mutuelle d'assurance générale du comté de Rivière-du-Loup*, précité, note 73 [clause d'exclusion de risque dans un contrat d'assurance] *St-Pierre c. Canadian Tire Magasins associés*, précité, note 408 [clause de limitation de garantie]; *Thériault c. Dumas*, J.E. 2000-1961 (C.Q.) [clause de limitation de responsabilité].
83. *Banque Toronto-Dominion c. Béland*, précité, note 38; *Bonanza Holidays Tours Ltd. c. British Airways*, précité, note 65 [le tribunal, statuant sur une clause de résiliation unilatérale exigeant un préavis de sept jours, relève que la demanderesse n'a soumis aucune preuve d'usage en ce domaine qui démontrerait le caractère abusif d'une telle stipulation]; *Chrétien c. Chambre des notaires du Québec*, précité, note 65; *Loiselle c. Société Canada Trust-Le Permanent*, J.E. 97-999 (C.A.); *Medi-Dent Service c. Bercovitch*, précité, note 65.

mente certaines clauses – les plus répandues et les plus dangereuses – sans égard au type de contrat dans lequel elles se trouvent. C'est le cas des clauses de non-responsabilité (art. 1474 C.c.Q.) dont la validité est soumise à certaines règles et des clauses pénales (art. 1623 C.c.Q.) que le tribunal peut réduire en cas d'abus. Le législateur intervient également dans plusieurs contrats nommés, afin de protéger la partie vulnérable contre certaines clauses. Si ce contrôle peut, dans le cas du contrat de bail résidentiel, porter sur toute clause déraisonnable (art. 1901 C.c.Q.), ces interventions portent généralement sur des clauses spécifiques telles, par exemple, la clause de non-concurrence en matière de contrat de travail (art. 2089 C.c.Q.), la clause de limitation de la garantie des vices cachés en matière de vente lorsque le vendeur connaît ou est présumé connaître le vice caché (art. 1733 C.c.Q.), ou encore la clause donnant à une partie une position privilégiée quant à la nomination d'un arbitre (art. 2641 C.c.Q.). Ces interventions, codifiant pour la plupart des développements jurisprudentiels ou reprenant des règles déjà existantes, si elles se font dans des contrats où il y a généralement un déséquilibre entre les parties, ne ciblent pas spécifiquement les contrats d'adhésion.

Mais à l'extérieur de ces situations particulières, c'est par l'application de la théorie générale des contrats que peut s'exercer la sanction des clauses injustes. C'est ce qu'a fait, nous l'avons vu, la jurisprudence sous l'ancien code, en utilisant la notion d'ordre public afin de limiter, par exemple, la clause de non-concurrence, ou encore en recourant à l'exigence du consentement et au principe de bonne foi⁸⁴, afin de limiter les clauses de non-responsabilité et d'exclusion des vices cachés. Cette jurisprudence doit être maintenue, confortée d'ailleurs par la consécration de l'exigence de la bonne foi à l'article 1375 C.c.Q. En effet cette exigence, posée en principe, peut sanctionner non seulement l'exercice d'un droit – par l'abus de droit –, mais aussi sanctionner le contenu d'une clause qui crée *dans l'immédiat* un abus plutôt que de simplement créer une potentialité⁸⁵.

La notion de cause de l'obligation peut également être utilisée afin d'annuler les clauses qui «[...] détruisent la cohérence du

84. Voir en droit français: Denis MAZEAUD, «La protection par le droit commun», dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, p. 33, à la p. 37.

85. Jacques MESTRE, «Rapport de synthèse» dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, p. 157, à la p. 159.

contrat, énervent sa force obligatoire en privant de cause tel ou tel des engagements *essentiels* qui y ont été souscrits⁸⁶. Ainsi, en France, la Cour de cassation a utilisé cette notion afin d'écarter certaines clauses telles, par exemple, celle qui en assurance responsabilité exige que la réclamation de la victime soit reçue par l'assuré avant l'expiration du contrat⁸⁷. Également, dans une affaire *Chronopost* qui suscita de fortes réactions, la Cour de cassation a écarté la clause, incluse dans un contrat de «courrier rapide», selon laquelle «[e]n cas de non respect des délais de livraison de son fait, Chronopost s'engage[ait] à rembourser exclusivement le prix du transport»⁸⁸. Pour la Cour suprême française, cette stipulation, écartant l'obligation essentielle, violait l'article 1131 C.c.fr. portant sur la cause⁸⁹.

Plusieurs clauses, souvent les plus fréquentes et les plus dangereuses, peuvent donc être contrôlées tant par le droit commun que par des interventions législatives ponctuelles. Mais ce contrôle est soit indirect, soit ciblé. L'article 1437 C.c.Q., quant à lui, offre un contrôle général. Nous en verrons son véritable champ d'application en proposant un inventaire des clauses sanctionnées sous son égide (A), pour ensuite soulever une éventuelle limite à ce pouvoir (B).

A. Les clauses visées par l'article 1437 C.c.Q.: ***Petit inventaire jurisprudentiel***

Comme on l'a déjà fait remarquer⁹⁰, il est très difficile de présenter exhaustivement ou, *a fortiori*, de procéder à une synthèse des différentes clauses qui ont pu être jugées abusives. Il est tout aussi illusoire d'évaluer, en peu de mots, le comportement des tribunaux face au défi que représente l'application de l'article 1437 C.c.Q. S'il est vrai, comme on a tout de même pu écrire, que «[...] le premier quinquennat de l'article 1437 C.c.Q. n'a pas provoqué

86. J. MESTRE, *loc. cit.*, note 85, p. 161 (c'est nous qui soulignons).

87. Civ. 1^{re}, 19 décembre 1990, J.C.P. 1991. I. 3778, obs. Jean BIGOT.

88. Com. 22 octobre 1996, J.C.P. 1997. I. 4002, obs. Muriel FABRE-MAGNAN. Cette décision concernant deux professionnels, la loi sur les clauses abusives ne s'appliquait pas.

89. Sur ces décisions et le rôle de l'article 1131 C.c.fr. sur les clauses abusives, voir: D. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 84, p. 41. Cet arrêt rejoint les décisions québécoises qui ont invalidé une clause de non-responsabilité lorsque celle-ci porte sur l'obligation fondamentale. Cette jurisprudence, si elle est classiquement rattachée à la bonne foi, peut en effet tout autant l'être à la cause.

90. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 64, n° 239.1, p. 427.

de révolution jurisprudentielle [...]»⁹¹ ou encore qu'un «[...] nombre considérable de clauses contestées ont été déclarées valides»⁹², il reste qu'un nombre tout aussi important de clauses ont été soit annulées, soit réduites par l'effet de l'article 1437 C.c.Q. Pour preuve, mais sans prétendre que cela soit un marqueur fiable, les décisions ne valant pas que par leur dispositif, sur les 168 décisions que nous avons retenues, 81 ont conclu au caractère abusif de la clause alors que 87 concluaient le contraire. Constatons également que si un grand nombre de clauses distinctes ont été, une fois ou l'autre, contestées en vertu de l'article 1437 C.c.Q., le *corpus* jurisprudentiel est composé, en bonne partie, de certaines clauses plus souvent attaquées – qui sont d'ailleurs, remarquons-le, pour la plupart, spécialement réglementées par le code. Essentiellement il s'agit des clauses pénales, des clauses de non-responsabilité et des clauses de résiliation unilatérale. Si aucune de ces clauses n'est invariablement jugée abusive, il se détache généralement une majorité de jugements les sanctionnant.

Cela étant, et assumant cette impossibilité d'atteindre l'exhaustivité, il est permis de relever quatre grandes familles de clauses particulièrement visées par l'article 1437 C.c.Q.

1. Les clauses affectant les obligations et les droits des parties. Appartiennent à cette catégorie, les *clauses qui aménagent à la baisse les obligations du stipulant*. Ainsi ont été jugées abusives, en matière d'assurances, des clauses d'exclusion ou de limitation de risques⁹³ et d'engagement formel⁹⁴. En matière de vente, ont également été sanctionnées la clause exigeant d'un acquéreur subséquent d'un véhicule le paiement d'une somme d'argent au manufacturier afin que la garantie conventionnelle lui soit trans-

91. P. GAGNON, *loc. cit.*, note 9, p. 335.

92. P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 512.

93. *Michaud c. Société mutuelle d'assurances générales du comté de Rivière-du-Loup*, précité, note 73; *Millette c. S.S.Q., Société d'assurance-vie Inc.*, [1997] R.R.A. 243 (C.Q.); *Savard c. Napierville (Ville de)*, C.Q. Iberville, n° 755-32-000222-952, le 30 avril 1996 (contrat d'assurance automobile limitation aux seuls accidents impliquant une collision avec un autre véhicule).

94. *Papineau c. La Survivance, Compagnie mutuelle d'assurance-vie*, précité, note 42; *Wofford c. Boreal Insurance Inc.*, précité, note 73. On peut également citer l'affaire *Groupe pétrolier Nirom Inc. c. Compagnie d'assurances du Québec* dans laquelle la Cour supérieure ([1996] R.R.A. 176) avait considéré abusive la clause qui soumettait la couverture d'un sinistre à la découverte par l'assuré de celui-ci dans les 120 heures suivant sa survenance. La Cour d'appel, quoique confirmant la décision de première instance ([1999] R.R.A. 253), conclut que cette clause, lorsque correctement interprétée, n'est pas abusive.

mise⁹⁵, ou encore la clause exigeant de l'acheteur de prouver que tous les propriétaires précédents ont respecté la garantie du fabricant et ses instructions d'entretien⁹⁶.

En sens contraire, cette catégorie abrite les *clauses aménagées à la hausse les obligations ou à la baisse les droits de l'adhérent*. Figurent dans cette sous-catégorie: la clause par laquelle le versement d'une prime ou d'une commission est soumis au maintien du lien d'emploi lors du versement⁹⁷; la clause d'un contrat de travail à temps partiel qui exige de l'employé une exclusivité de service⁹⁸; la stipulation par laquelle le locataire à long terme d'une voiture garantit la valeur résiduelle de la voiture⁹⁹ ou encore, exceptionnellement, la clause par laquelle le locataire s'engage à ne pas avoir d'animal de compagnie¹⁰⁰. Entre également dans cette catégorie, la clause de non-concurrence (régie par

95. *Boulangier c. Toyota Canada Inc.*, J.E. 98-1469 (C.Q.). Dans cette décision, le tribunal décide de diminuer ce paiement de 200 \$ à 50 \$. Une autre décision a plutôt jugé qu'une telle clause violait l'article 152 L.p.c. et par conséquent était nulle: *Desjardins c. Toyota Canada Inc.*, J.E. 98-1971 (C.Q.).

96. *Leroux c. Toyota Canada Inc.*, précité, note 82.

97. Cette clause a fait l'objet de plusieurs litiges dont un recours collectif toujours pendant (*Latreille c. L'Industrielle-Alliance, Compagnie d'assurance sur la vie*, J.E. 98-415 (C.S.)). Les tribunaux ont retenu le caractère abusif de cette clause à deux reprises (*Blais c. ITT Canada Finance Inc.*, J.E. 95-772 (C.S.)); *McAndrew c. Supermarché Tassé ltée*, précité, note 40 [dans des circonstances particulières]; et ont reconnu sa validité dans deux autres cas (*Lévesque c. Groupe Investors*, J.E. 96-645 (C.Q.)); *Loiselle c. Société Canada Trust – Le Permanent*, précité, note 65). Malgré cette opposition apparente, il semble que ces différentes décisions se complètent, l'avantage perdu n'ayant pas la même signification dans les différents cas. Ainsi dans l'affaire *Lévesque*, le tribunal justifie la validité de cette clause par le fait que la prime constituait une gratification additionnelle, non prévue lors de l'embauche et unilatéralement décidée par l'employeur afin de fidéliser ses meilleurs employés. Contrairement donc aux autres décisions, il ne s'agissait pas d'une partie de la rémunération normale et convenue des parties qui ne peut en toute logique être soumise, une fois gagnée, au maintien, le jour du paiement, du lien d'emploi. Pour le professeur Karim ce type de clause dénature en fait le contrat de travail: V. KARIM, *op. cit.*, note 43, p. 393. Voir également: *Aeterna-Vie, Compagnie d'assurances c. Bergeron*, B.E. 97BE-830 (C.S.); *Banque Nationale du Canada c. Lafrenière*, J.E. 99-360 (C.Q.) [le tribunal rejette l'action de la banque qui demande le remboursement des avances de commissions parce que l'employé n'a pas atteint l'objectif fixé au contrat qui était de l'avis du tribunal impossible à atteindre].

98. *Agence de placement Hélène Roy c. Rioux*, [1997] R.L. 297 (C.Q.).

99. *Location B.M. Inc. c. Constructions Jacques Vallée Inc.*, [2000] R.L. 283 (C.Q.). Cette clause qui avait fait l'objet de plusieurs décisions sous l'article 8 L.p.c. est régie, depuis 1991, par les articles 150.18 et suivants L.p.c. qui les limitent mais les permettent. Sur ces clauses, voir: C. MASSE, *op. cit.*, note 16, p. 654.

100. Voir: *Fram c. Office municipal d'habitation de Pointe-Claire*, précité, note 37. Comme nous l'avons par ailleurs déjà vu, cette clause est fréquemment jugée valide.

l'article 2089 C.c.Q. en matière de contrat de travail), qui, par ailleurs, est généralement soumise aux critères développés par la jurisprudence en application de la notion d'ordre public. Ont par ailleurs été jugées valides, la clause dans un contrat de cautionnement par laquelle l'adhérent renonce à son bénéfice de discussion et de division¹⁰¹ ou encore la clause par laquelle une partie s'engage à ne pas solliciter la clientèle de son cocontractant¹⁰².

2. *Les clauses portant sur les conséquences d'un défaut de l'une des parties.* Cette catégorie inclut les différentes clauses allégeant l'impact du défaut du stipulant. Citons la clause d'un contrat de construction dispensant le maître d'ouvrage de verser quelque intérêt que ce soit à l'entrepreneur en cas de retard dans le paiement¹⁰³ ou une clause limitant la garantie d'un traitement anti-rouille¹⁰⁴. Mais, c'est tout particulièrement les clauses exonérant le stipulant de sa responsabilité qui subissent le plus fréquemment le contrôle de l'article 1437 C.c.Q. et ce, même si la clause respecte les conditions de validité de l'article 1474 C.c.Q.¹⁰⁵. En matière de contrat d'adhésion, une clause exonérant

-
101. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Promotions Atlantique Inc.*, J.E. 2001-576 (C.S.) (en appel, C.A.M., n° 500-09-010650-018); *S.S.Q., Société d'assurance-vie Inc. c. 2970-3691 Québec Inc.*, précité, note 41.
102. *Services Investors ltée c. Hudson*, J.E. 98-1329 (C.S.).
103. *Fernand Gilbert ltée c. Municipalité de St-Gervais*, J.E. 2000-495 (C.S.), conf. par B.E. 2002BE-474 (C.A.).
104. *Dumais c. Labelle Pontiac Buick ltée*, J.E. 99-2150 (C.Q.); *St-Pierre c. Canadian Tire Magasins Associés*, précité, note 48.
105. Voir: *Allendale Mutual Insurance Co. c. Hydro-Québec*, [2002] R.J.Q. 84 (C.A.) [clause de non-responsabilité d'Hydro-Québec en cas de panne]; *Bouchard c. Sécurespace*, précité, note 48 [clause de non-responsabilité dans un contrat d'entreposage – le tribunal utilise principalement l'article 13 L.p.c.]; *Gosselin c. 102150 Canada Inc.*, J.E. 96-730 (C.Q.) [contrat de forfait de voyage. Le tribunal statue sur deux clauses de non-responsabilité. Le tribunal juge valide la première puisque, portant sur la ponctualité des vols, le retard était dû à une décision de l'équipage pour des considérations liées à la sécurité des voyageurs. La deuxième, portant sur la non-réalisation d'expéditions promises dans le forfait, fut jugée abusive]; *Trudeau c. Entreprises Dorette Va/Go Inc.*, J.E. 95-1381 (C.Q.) [contrat de forfait de voyage]; *Huot c. Systèmes de sécurité Nasa Inc.*, J.E. 2001-1216 (C.Q.) [contrat de système de surveillance où la responsabilité est limitée à 100 \$ – le tribunal conclut au caractère abusif de cette clause puisqu'elle exclut la responsabilité du professionnel en cas d'inexécution de son obligation fondamentale]; *Thériault c. Dumas*, J.E. 2000-1961 (C.Q.) [contrat d'entreprise – le tribunal utilise le même argument]; *Lucas c. Amerispec Service d'inspection de maison*, J.E. 96-330 (C.Q.) [contrat d'inspection d'immeuble – le tribunal utilise également la négligence grossière]; *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.) [contrat d'entreprise]; *Sinto Laurentides Inc. c. Brennan*, J.E. 2000-1488 (C.S.) [contrat de bail]. Enfin citons au long une clause qui était incluse dans un contrat de forfait de voyage et dont le texte n'est pas loin d'être poétique(!): «les

le stipulant de dommages matériels causés par sa faute simple peut ainsi s'avérer abusive. Cette solution jurisprudentielle, qui suit d'ailleurs l'opinion de la doctrine¹⁰⁶, nous semble devoir être approuvée. Une disposition du Code qui réglemente expressément une clause ne doit pas avoir pour effet d'écarter, dans les contrats d'adhésion, le contrôle de l'article 1437 C.c.Q.¹⁰⁷. Le contexte particulier dans lequel se retrouve la clause de non responsabilité – le contrat d'adhésion – justifie qu'elle soit soumise à un contrôle plus resserré sans pour autant qu'elle soit totalement proscrite¹⁰⁸.

Canadiens jouissent d'un standard de vie parmi les plus élevés au monde. Par contre, dans certains pays, les conditions varient en qualité et en disponibilité. À l'occasion, une restriction d'eau et d'électricité peut survenir. Un climat tropical favorise la vie d'insectes qui apprécient autant les hôtels de luxe que ceux de catégorie standard. Royal Vacances Inc. ne pourra être tenue responsable de la qualité des services par les hôteliers ni des inconvénients qui en résultent»: *Desfossés c. Royal Vacances*, [1996] R.L. 501 (C.Q.); *Marcoux c. Caisse populaire Desjardins de Neufchâtel*, [1997] R.L. 399 (C.Q.) [clause dégageant la banque de toute responsabilité issue, entre autres, du non-respect d'un contrordre de paiement écrit et non ambigu].

106. Voir: Nathalie CROTEAU, «L'intervention du tribunal dans les contrats», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 1, à la p. 22; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 63, n° 239.1, p. 428 à la note 823. Pour des développements nuancés sur cette question: M. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 11, p. 91.
107. Il nous semble que cette solution devrait être appliquée dans tous les cas. Si l'article 1437 C.c.Q. ne doit jamais avoir pour effet de limiter la protection offerte par une autre disposition ou un courant jurisprudentiel, il devrait au contraire toujours pouvoir ajouter à ces régimes particuliers et instaurer un certain «climat» favorisant l'application de ces régimes par les tribunaux (c'est ce que relève un auteur constatant que l'article 1901 C.c.Q. en matière de bail résidentiel «[...] a pris du galon dans le contexte plus «contestataire» du nouveau C.c.Q.»: P. GAGNON, *loc. cit.*, note 9, p. 338). Ainsi, par exemple, l'adoption de l'article 2089 C.c.Q. concernant les clauses de non-concurrence, en matière de contrat de travail, n'écarter pas l'application dans d'autres types de contrats, lorsqu'ils sont d'adhésion, de l'article 1437 C.c.Q., non plus que ce dernier n'a pas pour effet de rendre caduque la jurisprudence ayant limité, par la notion d'ordre public, ces mêmes stipulations (J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 103, p. 121). Par ailleurs, et toujours en application de ce même raisonnement, l'article 1437 C.c.Q. ne devrait pas permettre la réduction de la clause de non-concurrence lorsque celle-ci viole l'ordre public – sanction que refusait la jurisprudence –, puisque cela aurait pour effet de désavantager l'adhérent en lançant, entre autres, un message de permissivité aux stipulants. À l'inverse, dans l'éventualité où une clause de non-concurrence serait abusive aux termes de l'article 1437 C.c.Q. sans toutefois violer l'ordre public, elle devrait pouvoir être annulée ou réduite.
108. Ainsi les tribunaux reconnaissent la validité d'une telle clause dans certaines situations: *Laberge c. Caisse populaire Desjardins de Cowansville*, [1999] R.L. 503 (C.Q.) [clause dans un contrat de carte de débit par laquelle la banque décline toute responsabilité advenant que le client choisisse un NIP trop facile à découvrir]; *Gaillardez c. Microtec Inc.*, précité, note 39 [clause dans un contrat de système d'alarme-incendie par laquelle le client reconnaît que le système

À l'inverse on relève un nombre important de *clauses imposant de lourdes conséquences au défaut de l'adhérent*. On pense tout d'abord au contrôle de la clause pénale régie par l'article 1623 C.c.Q. qui donne au tribunal le pouvoir de diminuer la clause pénale abusive. Encore ici, la question de l'adéquation des différents articles du code se pose. Si certains sont d'avis que le contrôle de ce type de clause doit se cantonner à l'article 1623 C.c.Q. même lorsqu'elle est incluse dans un contrat d'adhésion¹⁰⁹, il nous semble que, tout comme pour les clauses élusives de responsabilité et l'article 1474 C.c.Q., l'article 1623 C.c.Q. ne doit pas exclure l'application de l'article 1437 C.c.Q.¹¹⁰. Ces deux dispositions constituent des règles particulières, l'une portant sur un type spécifique de clause, l'autre portant sur un type spécifique de contrat. Elles doivent ainsi se compléter et, ayant toutes deux pour but de protéger les intérêts de la partie vulnérable, ne doivent pas se neutraliser. Ainsi, si l'article 1623 C.c.Q. permet au tribunal de réduire une clause pénale figurant dans un contrat qui n'est ni d'adhésion ni de consommation, l'article 1437 C.c.Q. permet à ce même tribunal, non seulement de réduire, mais également d'annuler une clause pénale qui se retrouve dans un contrat d'adhésion, nullité qui n'est pas possible sous le régime de l'article 1623 C.c.Q. Cette nullité a alors pour effet, non pas de nier au créancier tout droit à des dommages-intérêts, mais de l'obliger à faire la preuve de l'existence et de la mesure de ces dommages, tout en perdant toute possibilité d'obtenir des dommages comminatoires¹¹¹.

Au-delà de la clause pénale, se retrouve dans cette catégorie le contrôle des clauses qui, en cas de défaut de l'adhérent, fixe un

peut parfois émettre une fausse alarme – par exemple lorsque le temps est très humide – et par conséquent accepte d'en assumer les conséquences].

109. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 63, n° 469, p. 799; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 107, p. 125; Nathalie VÉZINA, «Réactions judiciaires à quelques nouveautés du droit des obligations», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements en droit civil (1995)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 71, à la p. 100. En jurisprudence: *AlSCO Uniform & Linen Service Ltd. c. 9097-7786 Québec Inc.*, J.E. 2002-1899 (C.S.) [mais le juge soulève la possibilité de réduire la clause pénale à 0].
110. De cet avis: J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 14, n° 1351, p. 899; N. CROTEAU, *loc. cit.*, note 59, p. 419; Vincent KARIM, «La clause pénale et le pouvoir de révision des tribunaux», dans Pierre-Claude LAFOND, *Mélanges Claude Masse – En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 527, 558. En jurisprudence, voir: *Grenier-Lacroix c. Lafond*, J.E. 94-358 (C.Q.).
111. *Contra*: N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 109, p. 100.

taux d'intérêt¹¹², prévoit la responsabilité personnelle et solidaire d'une personne qui signe le contrat pour le compte d'une compagnie¹¹³, régit la déchéance du bénéfice du terme¹¹⁴ ou donne au stipulant des droits exorbitants en cas de défaut, aussi minime soit-il, de l'adhérent¹¹⁵.

3. *Les clauses garantissant un contrôle unilatéral ou plus avantageux au stipulant quant à l'exécution ou à la fin du contrat.* En ce qui concerne le contrôle de l'exécution du contrat, on peut penser à la clause qui prévoit que toute question relative à l'application ou à l'interprétation du contrat relève du stipulant et est sans appel¹¹⁶; à la clause permettant au stipulant de décider unilatéralement et sans possibilité de vérification que l'adhérent est en défaut¹¹⁷ ou encore celle permettant au stipulant, dans un contrat de louage commercial, de s'ingérer dans l'entreprise de son locataire¹¹⁸. On pourrait plus généralement penser à toute clause qui donne un pouvoir unilatéral au stipulant de modifier les clau-

-
112. Ont été jugées abusives: *St-Pierre c. Laprise*, précité, note 48 (18 %); *Sun Life Trust Co. c. Bionaire inc.*, J.E. 99-2063 (C.Q.) (24 %). A été jugé acceptable: *Médi-Dent Service c. Bercovitch*, précité, note 65 [18 % – le tribunal compare avec le taux d'intérêts des cartes de crédit].
113. *Location du cuivre ltée c. Construction Cardel Inc.*, J.E. 95-492 (C.Q.); *Slush Puppie Trois-Rivières c. Bégin*, B.E. 2001BE-268 (C.Q.).
114. *Fairway Realities Inc. c. 169493 Canada Inc.*, B.E. 98BE-339 (C.S.)
115. Ce type de clause a souvent été contestée, avec succès, dans les contrat de crédit-bail: *Crédit-bail Findq c. 9030-8669 Québec Inc.*, J.E. 2000-395 (C.Q.) (en appel); *Location Tiffany Leasing Inc. c. 3088-6022 Québec Inc.*, J.E. 98-1485 (C.Q.); *Société générale Beaver Inc. c. Destefano*, J.E. 96-1193 (C.Q.); *Société générale Beaver Inc. c. Métaux ouverts St-Philippe Inc.*, précité, note 39 (en appel). Pour un cas où la clause a été jugée valide: *Corporation financière Télétéc c. Tremblay*, [1996] R.J.Q. 813 (C.Q.). Voir également: *3390152 Canada Inc. c. 3056309 Canada Inc.*, B.E. 99BE-214 (C.S.). A par ailleurs été jugée valide une clause dans un contrat de carte de paiement, prévoyant la perte des points-privileges recueillis en cas de résiliation du contrat suite au non-paiement du compte par le client: *Mathieu c. Amex Canada Inc.*, J.E. 95-1812 (C.Q.).
116. *Transport Stéphane Julien Inc. c. Transport Montkar ltée*, C.Q. Québec, n° 200-32-014788-987, 14 mai 1998.
117. *Slush Puppie Montréal Inc. c. 153226 Canada Inc.*, [1994] R.J.Q. 1703 (C.Q.). Cette décision, qui a été l'une des toutes premières appliquant l'article 1437 C.c.Q., invalide une clause qui spécifiait que Slush Puppie, afin de vérifier si ses clients respectaient leur obligation d'exclusivité dans l'approvisionnement des produits, effectuait un test dont le résultat faisait foi et ne pouvait être contesté. C'est ce caractère unilatéral et occulte qui rendait, dans cette affaire, la clause abusive. Le client avait beau dire qu'il n'avait pas violé son obligation d'exclusivité, si le test, selon Slush Puppie, démontrait le contraire, il n'y avait rien à faire. Depuis cette décision, la compagnie semble plus transparente quant à l'élaboration de son test: *Slush Puppie Canada Inc. c. Sycan Entreprises ltée*, J.E. 2000-292 (C.Q.); *Slush Puppie Montréal Inc. c. 3100-5465 Québec Inc.*, J.E. 96-1876 (C.Q.).
118. *3390152 Canada Inc. c. 3056309 Canada Inc.*, B.E. 99BE-214 (C.S.).

ses du contrat le rendant ainsi «maître» du contrat¹¹⁹. Mais dans ce dernier cas, il faut distinguer les cas où une telle clause est abusive – le pouvoir lui-même est abusif – de ceux où ce n'est que l'utilisation qui en a été faite qui doit être réprimée. Dans le premier cas, il est nécessaire d'annuler la clause aux termes de l'article 1437 C.c.Q., alors que dans le second, c'est l'abus de droit qui doit plutôt jouer¹²⁰.

Incontestablement c'est le droit à la résiliation unilatérale qui a retenu le plus fréquemment l'attention des tribunaux en ce domaine et la solution varie d'une espèce à l'autre. Ainsi une clause de résiliation unilatérale sera annulée si la pénalité demandée est supérieure au montant de tous les droits exigibles aux termes du contrat¹²¹ ou encore, dans un bail commercial, la clause qui exige de l'autre le paiement de tous les loyers futurs même lorsque le bailleur réussit à relouer le logement¹²². Par ailleurs, dès lors que la clause de résiliation est identique pour les deux parties, elle sera généralement reconnue valide¹²³ de même que si le coût pour ce faire équivaut simplement aux dommages de l'autre partie¹²⁴.

4. Les clauses défavorisant l'adhérent dans l'exercice de ses recours. Cette dernière catégorie regroupe les clauses qui visent à rendre plus difficile l'exercice du recours de l'adhérent, par exemple en donnant le pouvoir au stipulant de fixer le lieu du tribunal compétent n'importe où dans le monde¹²⁵, ou encore visant à supprimer certains recours à l'adhérent tel celui de demander

119. Cette expression est empruntée: J. MESTRE, *loc. cit.*, note 85, p. 159.

120. Voir: J. MESTRE, *loc. cit.*, note 85, p. 159; D. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 84, p. 35. L'affaire *Université de Montréal c. Fédération des médecins résidents du Québec*, [1994] R.J.Q. 1650 (C.S.); [1997] R.J.Q. 1832 (C.A.), est une bonne illustration d'une situation où une clause donnant le pouvoir à une des parties de modifier unilatéralement le contenu du contrat n'est pas abusive.

121. *Huiles Desroches Inc. c. Poulin*, B.E. 97BE-501 (C.Q.).

122. *Marcotte c. Marcotte*, B.E. 98BE-114 (C.Q.). Voir également: *3390152 Canada Inc. c. 3056309 Canada Inc.*, B.E. 99BE-214 (C.S.).

123. *Bertrand Équipements Inc. c. Kubota Canada ltée*, [2002] R.J.Q. 1329 (C.S.); *Pérusse c. Eastern Marketing ltée*, J.E. 96-1449 (C.S.) (conf. pour d'autres motifs à J.E. 97-59).

124. *2622-1374 Québec Inc. c. Sardo*, J.E. 98-1767 (C.Q.) [clause dans un contrat concernant une réception de mariage selon laquelle les clients qui résilient unilatéralement le contrat doivent compenser pour les pertes réelles subies]. Voir également: *Bonanza Holidays Tours Ltd c. British Airways*, précité, note 65.

125. *HSBC Bank Canada c. Nytschuk*, B.E. 2002BE-199 (C.S.) (en appel).

la nullité du contrat¹²⁶, sa résiliation¹²⁷ ou des dommages-intérêts¹²⁸. Par ailleurs, la clause compromissaire par laquelle les parties s'entendent pour soumettre tout litige à un arbitre a été reconnue valide¹²⁹.

À l'extérieur de ces quatre familles, diverses autres clauses ont été contestées, avec ou sans succès¹³⁰. Ont ainsi été déclarées nulles la clause empêchant l'adhérent de plaider la force majeure¹³¹, celle par laquelle l'adhérent renonce à sa libération suivant sa faillite¹³² ou encore par laquelle un copropriétaire renonce à mettre une antenne extérieure¹³³. Est également nulle,

126. *Lachapelle c. Promotions C.G.S. Inc.*, J.E. 95-1356 (C.Q.) [nullité en cas de doll]; *Pitney Bowes du Canada ltée (P.B. Leasing)*, [1996] A.Q. n° 2530 (Quicklaw) (C.Q.).
127. *A.T. & T. Capital Canada Inc. c. 3100-9459 Québec Inc.*, précité, note 48.
128. *Bel-Gaufre Inc. c. 159174 Canada Inc.*, J.E. 95-1448 (C.S.), appel accueilli en partie: J.E. 98-1291 (C.A.).
129. *Location d'équipement Jalon-Simplex ltée c. Animation Proludik Inc.*, B.E. 97BE-410 (C.Q.) [par ailleurs le mode de nomination de l'arbitre a été jugé contraire à l'article 2641 C.c.Q.].
130. Exemples de clauses jugées valides: *Électronique Norjec Inc. c. McNicoll*, précité, note 65 [clause dans un contrat de travail rendant responsable l'employé – gérant – pour les pertes encourues au chapitre des inventaires]; *Location de voitures Compacte (Québec) ltée c. Gagnon*, J.E. 95-968 (C.Q.) [contrat de location d'un véhicule automobile qui exige du locataire qu'il obtienne un rapport policier en cas d'accident]; *Pagé Construction, division de Simard-Beaudry c. Trois-Rivières-Ouest (corporation municipale de la ville de)*, J.E. 99-462 (C.S.) [clause par laquelle un entrepreneur assumait toute hausse qu'il pourrait avoir à verser à ses employés suite à une modification du décret sur la construction]; *Productions Mark Blanford Inc. c. Caisse populaire St-Louis-de-France*, [1997] R.J.Q. 1779 (C.S.), infirmé pour d'autres motifs par la Cour d'appel, [2000] R.J.Q. 1696 (C.A.) [accord de vérification dans un contrat de gestion de compte bancaire]; *Services de financement automobile Primus Canada Inc. c. 2625-2106 Québec Inc.*, J.E. 2002-1303 (C.S.) (en appel) [clause dans un contrat de cession générale de contrats de location par laquelle le cédant garantit l'existence et la validité des contrats de location]; *Perreault c. Programmes de protection prolongée*, C.Q., n° 200-32-015652-984, 15 septembre 1998 [clause soumettant la garantie prolongée au fait que le client effectue l'entretien du véhicule chez un concessionnaire autorisé].
131. *Société de transport de la Rive-Sud de Montréal c. 158880 Canada Inc.*, [2000] R.J.Q. 1332 (C.Q.). Dans cette affaire, la défenderesse vendait des titres de transport de la demanderesse. Lors de la crise du verglas elle fut victime d'un vol, incluant les titres de transport non vendus. La demanderesse exige le remboursement de ceux-ci conformément à la clause 12 du contrat qui présume de façon irréfragable que les titres non restitués à la fin du mois ont été vendus. Le juge conclut que cette clause était abusive puisqu'elle empêche la défenderesse d'invoquer la force majeure.
132. *St-Germain c. Québec (Ministre de l'Éducation)*, J.E. 99-426 (C.Q.) [cette clause avait été exigée par le ministère afin que l'étudiant puisse à nouveau faire une demande de prêt et bourse].
133. *Syndicat des copropriétaires de l'Aristocrate c. Morgan*, [2000] R.J.Q. 1516 (C.S.) (en appel).

la clause dans un contrat de location d'équipement par laquelle le locataire s'engage à remettre l'îlot en béton loué, ce qui exige sa démolition et endommagera le matériel appartenant au locataire¹³⁴. Enfin deux autres stipulations ont fait l'objet de décisions multiples: la clause fixant le taux d'intérêt dans un contrat de crédit et la clause de «soutien» dans le contrat de parrainage. Mais ces stipulations méritent un traitement particulier puisqu'elles soulèvent la question de savoir si l'article 1437 C.c.Q. peut remettre en question l'équilibre des prestations du contrat.

B. L'article 1437 C.c.Q. et les prestations des parties¹³⁵

C'est en fait la question du rapport existant entre les notions de clause abusive et de lésion qui se pose ici¹³⁶. Or, le lien entre ces deux notions fait actuellement l'objet d'un vif débat dans la doctrine québécoise, certains soutenant que la notion de clause abusive se rapproche, voire se confond, avec celle de lésion¹³⁷. Cette conception permettrait ainsi de sanctionner la lésion entre majeurs dans les contrats d'adhésion en donnant la possibilité au juge d'intervenir sur la «clause» fixant le prix lorsqu'elle est déraisonnable. D'autres sont d'avis que, même semblables, ces deux notions se distinguent en ce que l'article 1437 C.c.Q. se limite aux seules clauses périphériques au contrat, excluant ainsi les prestations réciproques des contractants¹³⁸. Au-delà de ces opinions

134. *Pétroles Irving Inc. c. Garage Guilbert Inc.*, B.E. 2001BE-113 (C.Q.).

135. Cette section reprend des passages de notre texte: «Le contrôle des clauses abusives: entre formation et exécution du contrat», dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 461.

136. Sur cette question dans son ensemble, voir: Brigitte LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 67, p. 461.

137. En fait, les auteurs ne confondent jamais totalement les deux notions mais constatent d'une façon ou d'une autre leur très forte similarité, ce qui justifie certains à conclure que la notion de clause abusive peut jouer le rôle de la lésion: N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 109, p. 71, à la p. 96 [pour cette auteure, il est «illusoire de chercher à distinguer les deux mécanismes»]; V. KARIM, *op. cit.*, note 43, p. 229 [cet auteur inclut la clause abusive dans ses développements sur la lésion (p. 229) puis est d'avis que l'article 1437 C.c.Q. permet d'intervenir sur le prix mais distingue tout de même les deux notions (p. 402)]. Pour certains auteurs, si la clause abusive s'éloigne de la lésion objective (disproportion) elle se rapproche la notion de la «lésion-équité»: Pierre-Claude LAFOND, «Contours et ramifications de la «nouvelle» définition du contrat de consommation du Code civil du Québec», (1996) 56 *R. du B.* 569, 604 [cet auteur, à la p. 605 parle de «lésion édulcorée»]; N. CROTEAU, *op. cit.*, note 72, p. 109. Le professeur Popovici, quant à lui, après avoir distingué les deux notions, se demande 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 [...]»: A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 34, p. 151.

138. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 63, n° 239, p. 425; B. MOORE, *loc. cit.*, note 10, p. 224; Louis PERRET, «Une philosophie nouvelle

opposées, une première distinction entre ces deux notions est soulevée par la plupart des auteurs: celle de leur nature juridique respective. Selon les termes mêmes du code, la clause abusive ne se rapporte pas au *consentement* mais au *contenu* et à la force obligatoire du contrat, alors que la lésion, elle, constitue un vice du consentement¹³⁹. Mais cette distinction, à caractère théorique, rencontre de sérieuses limites en ce que les natures juridiques respectives de ces notions ne sont, ni l'une ni l'autre, à l'abri de toute critique. En effet, un examen de l'article 1437 C.c.Q. révèle une connexité possible avec la qualité du consentement¹⁴⁰. À l'inverse, la lésion, quoique expressément incluse par le *Code civil du Québec* dans les vices du consentement, est conçue par plusieurs comme étant un simple défaut d'équivalence entre les prestations et semble ainsi relever de l'objet du contrat plutôt que du consentement¹⁴¹. L'on doit alors pousser l'analyse plus loin et c'est à ce niveau que les opinions se divisent.

Les auteurs qui soutiennent que l'article 1437 C.c.Q. recoupe la lésion soulèvent tout d'abord la communauté d'intention des articles 1406 al. 1^{er} et 1437 C.c.Q. qui visent tous deux à sanctionner l'exploitation de la faiblesse de l'un par l'abus de puissance de l'autre. Ces deux notions visant un même but, l'équilibre dans les contrats, elles sont de même essence et ne s'opposent pas en principe¹⁴². Certains arguments de texte peuvent également être apportés à partir de la formulation de l'article 1437 C.c.Q. qui précise que toute «clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable» peut être

des droits des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle», (1980) 11 *R.G.D.* 537, 562; Louise LANGEVIN et Nathalie VÉZINA, «Les obligations», dans *Collection de droit (2001-2002)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 55.

139. Voir, entre autres: S. GUILLEMARD, *loc. cit.*, note 43, p. 374; Jean H. GAGNON, «Le contrat d'adhésion sous le Code civil du Québec», dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 1, à la p. 37; N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 109, p. 71, à la p. 96; A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 34, p. 150.

140. Voir B. MOORE, *loc. cit.*, note 33, p. 464.

141. Didier LLUELLES, *Droit québécois des obligations*, volume 1, avec la collaboration de Benoît MOORE, Montréal, Thémis, 1998, n° 780, p. 425. Il est intéressant de noter que le Professeur Ghestin traite de la lésion dans son chapitre concernant la *valeur de l'objet* et qu'il présente les clauses abusives dans celui portant sur le caractère *licite de l'objet* (Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat: Formation*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., n° 540, p. 620, (lésion); n° 587, p. 670, (clause abusive)). Ainsi, même à l'extérieur des vices du consentement, le rapprochement entre clause abusive et lésion peut se faire.

142. N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 109, p. 96. Le professeur Tancelin parle d'une «variation sur le même thème»: Maurice TANCELIN, *Des obligations – Actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n° 230, p. 108.

qualifiée d'abusives. On note tout d'abord la similitude des termes avec ceux de l'article 1406 al. 1^{er} C.c.Q. et de l'article 8 L.p.c. qui, tous deux, définissent la lésion¹⁴³. On note ensuite l'absence de limitation des types de clauses visées par l'article 1437 C.c.Q. *Toute* clause peut être abusive, ce qui inclut celles fixant les prestations réciproques des parties – dont la «clause» de prix –¹⁴⁴, admettant du même coup, la révision d'un contrat lésionnaire. Enfin, une auteure soulève deux arguments de cohérence interne au code¹⁴⁵.

Malgré la pertinence de bon nombre de ces arguments, nous sommes d'avis qu'il faut distinguer ces deux notions sans quoi l'article 1405 C.c.Q., qui exige une volonté expresse du législateur afin d'introduire la lésion entre majeurs, serait pratiquement vidé de son sens¹⁴⁶. Il ne s'agit pas ici de nier l'unicité d'esprit qui habite les deux notions. Celles-ci visent, l'une et l'autre, la protection de la partie faible au contrat et prennent de près ou de loin leur source dans la recherche d'une équité contractuelle¹⁴⁷: chacune combat l'exploitation¹⁴⁸. Mais ce rapprochement s'illustre, non pas par le recoupement de ces notions mais, au contraire, par leur complémentarité. On ne doit pas confondre tout désavantage qu'impose une clause à une disproportion dans les prestations¹⁴⁹, non plus que l'on ne doit pas confondre équité contractuelle et lésion. Toute disposition visant la protection d'une partie ou visant un rééquilibrage du contenu contractuel n'appartient pas

143. D'ailleurs, l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* est utilisé à l'occasion pour annuler une clause accessoire au contrat jugée déraisonnable: C. MASSE, *op. cit.*, note 16, p. 148.

144. S. GUILLEMARD, *loc. cit.*, note 43, p. 377.

145. *Ibid.* Elle soulève tout d'abord (p. 378) qu'il serait antinomique d'exclure les stipulations essentielles de la notion de clause abusive puisque ce sont celles qui, aux termes de l'article 1379 C.c.Q., doivent être prises en considération afin de qualifier un contrat d'adhésion et ainsi permettre l'application de l'article 1437 C.c.Q. Deuxièmement, elle soulève (p. 381) la présence de l'article 1438 C.c.Q. qui prévoit que «[l]a clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible». Cet article, selon elle, s'applique spécifiquement à l'article 1437 C.c.Q. qui doit par conséquent viser non seulement les clauses accessoires au contrat mais également les clauses essentielles qui ne peuvent être divisées du contrat et qui emportent donc la nullité de l'ensemble de celui-ci.

146. L. LANGEVIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 138, p. 55; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 98, p. 117; P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 507; *Québec (Procureur Général) c. Nicolas*, précité, note 64.

147. Sur ce fondement de l'article 1437 C.c.Q., voir: M. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 11, p. 83.

148. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 63, n° 239, p. 425; *P.G. Québec c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 35.

149. S. GUILLEMARD, *loc. cit.*, note 43, p. 374.

forcément au domaine de la lésion¹⁵⁰. Cette dernière est un moyen et non un tout. Afin d'assurer cette complémentarité, l'article 1437 C.c.Q. ne doit viser, en principe, que les clauses périphériques aux prestations réciproques des parties *excluant ainsi toute remise en question de l'objet même du contrat ou encore de l'équilibre économique des prestations, de la globalité du contrat*. Un contrat est lésionnaire, une clause est abusive¹⁵¹. L'origine de la notion de clause abusive et son utilité l'exigent. Si cette notion s'est développée en Europe et en jurisprudence, c'était justement pour pallier, même là où la lésion était disponible, le fait qu'une clause, isolément défavorable à une partie, ne pouvait rendre à elle seule un contrat lésionnaire. Cette idée, nous l'avons vu, se retrouve invariablement dans les différentes législations européennes. Ainsi, lors de l'adoption de la loi allemande de 1976, les commentateurs insistaient sur cette caractéristique des «conditions générales au contrat»¹⁵². Dans la loi française de 1995 comme dans la directive européenne de 1993, on retrouve une disposition qui précise expressément que «[l]'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert»¹⁵³.

Les auteurs français tiennent également pour acquis cette différence dans les champs d'application respectifs de chaque

150. Voir cependant certains auteurs qui semblent faire ce rapprochement: V. KARIM, *op. cit.*, note 43, p. 229; P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 137, p. 604; N. CROTEAU, *op. cit.*, note 72, p. 109.

151. De cet avis: J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 63, n° 239, p. 425; Louis PERRET, «Une philosophie nouvelle des droits des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle», (1980) 11 *R.G.D.* 537, 562; B. MOORE, *loc. cit.*, note 10, p. 224; L. LANGEVIN et N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 138, p. 55. Le professeur Jobin, quoique d'avis que la notion de clause abusive se distingue de celle de lésion et qu'elle ne peut pas s'appliquer au prix, ne limite tout de même pas l'article 1437 C.c.Q. aux seules clauses accessoires, thèse qu'il trouve trop restrictive: P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 508; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 98, p. 118.

152. «La nouvelle loi allemande sur les conditions générales du contrat du 6 décembre 1976», (1977) *Rev. Intern. Dr. comp.* 359, 362. L'article 8 de la loi allemande exclut d'ailleurs du domaine des clauses abusives celles qui portent sur la nature de la prestation et sur l'équilibre du prix: H.W. MICKLITZ, *loc. cit.*, note 19, p. 105. L'auteur soulève, par ailleurs, que les tribunaux ont quelque peu atténué ce principe en intervenant sur des stipulations qui concernaient les prestations réciproques. Mais il semble tout de même qu'il ne s'agit jamais de la fixation elle-même des prestations des parties.

153. Texte de l'article L. 132-1, al. 7 du Code de la consommation français. Ce même article se retrouve à l'article 4, al. 2° de la Directive européenne n° 93-13 du 5 avril 1993 *Concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*.

notion¹⁵⁴. Ainsi, en guise d'exemple, le professeur Ghestin écrit: «On peut rapprocher ces dispositions légales [sur les clauses abusives] de la notion de lésion. Mais encore faut-il alors entendre la lésion dans un sens très large, et non pas dans son sens précis et technique de juste prix. En effet, il ne s'agit pas en l'espèce de corriger un défaut d'équivalence entre l'objet et son prix. Il s'agit d'éliminer certaines clauses qui apparaissent comme des clauses accessoires, mais qui sont susceptibles d'avoir de grandes répercussions sur l'exécution du contrat»¹⁵⁵.

Cette solution mérite d'être adoptée en droit québécois. Lorsqu'il a proposé d'intervenir en matière de clauses abusives, le législateur empruntait une notion et un vocable qui contenaient déjà un sens bien arrêté et il est plus que vraisemblable qu'il ait voulu l'adopter comme tel. Cela semble d'ailleurs le cas puisque dans l'*Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, la lésion pouvait être invoquée par une personne physique – même majeure – ne contractant pas pour l'utilité ou l'exploitation d'une entreprise (art. 1449). Dans ce même texte, la notion de clause abusive était également reconnue (art. 1484). Dans la version qui a suivi (le Projet de loi 125), la lésion ne pouvait plus être invoquée entre majeurs (art. 1402) mais la sanction de la clause abusive était maintenue (art. 1433), tout comme dans le texte finalement adopté. Cette coexistence

154. De cet avis, voir, entre autres: C. LARROUMET, *op. cit.*, note 26, n° 435, p. 400; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1999, n° 307, p. 304.

155. Jacques GHESTIN, *Le contrat – Principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Université Mc Gill, 1982, p. 298. L'auteur évoque d'ailleurs, à la page 309, les débats qui ont entouré l'adoption de la loi de 1978. Une première version du texte définissait la clause abusive comme celle qui créait un «déséquilibre manifeste» dans les obligations réciproques des parties. Cette phraséologie faisant craindre un rapprochement trop étroit avec la notion de lésion. On lui a préféré celle qui définissait la clause abusive comme celle conférant à la partie dominante «un avantage excessif». Or, il est à noter que la loi de 1995, reprenant pour elle les termes utilisés par la directive européenne de 1993, définit maintenant la clause abusive comme étant celle qui crée «un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat». C'est ce changement de vocable, qui ne vise pas à nier la différence existant entre les domaines d'application de la clause abusive et de la lésion, qui a rendu nécessaire l'al. 7 de l'article 132-1 du Code de la consommation qui spécifie expressément que sont exclues de tout contrôle les clauses portant sur l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix. L'exclusion expresse de la clause portant sur les prestations réciproques n'est donc pas nécessaire afin de limiter la clause abusive aux clauses périphériques et l'absence d'une telle mention à l'article 1437 C.c.Q. est selon nous sans conséquence. Voir sur l'historique des textes français: Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000, n° 404, p. 331.

initiale illustre la prise en compte par le législateur de la distinction existant entre ces deux notions et –même si on a pu en douter¹⁵⁶– la cautionnait. L'on ne doit alors pas transformer la notion survivante, qui est par nature un «concept original»¹⁵⁷, pour lui faire jouer le rôle de la notion défunte. *Si l'on peut juger le résultat insatisfaisant ce n'est pas dû au fait de l'inefficacité du concept de clause abusive, mais bien au rejet de la lésion entre majeurs.* En dernière analyse, si le législateur avait voulu faire de l'article 1437 C.c.Q. une exception au refus de la lésion, il aurait dû, conformément à l'article 1405 C.c.Q., le faire expressément¹⁵⁸ en reconduisant une solution similaire à celle de l'avant-projet de loi. Force est de constater qu'il ne l'a pas fait, ce que – il faut le dire –, nous regrettons.

Même si les tribunaux ont eu à débattre du rapport entre les notions de clause abusive et de lésion, le *corpus* jurisprudentiel illustre bien plus la difficulté de la question qu'il n'aide à la solutionner. Ainsi, si certains juges confondent – consciemment ou non – les deux notions, utilisant par exemple les expressions «contrat abusif» ou «entente abusive»¹⁵⁹ dans le contexte de l'article 1437 C.c.Q., ou en refusant de déclarer une clause abusive au motif, entre autres, qu'elle n'est qu'accessoire au contrat¹⁶⁰, rares sont ceux qui discutent expressément du rapport existant entre les deux notions¹⁶¹. Rares également sont ceux qui appliquent

156. A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 34, p. 151.

157. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 101, p. 119.

158. P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 2, p. 506; S. GUILLEMARD, *loc. cit.*, note 43, p. 375.

159. *Banque Toronto-Dominion c. Béland*, précité, note 38; *Système Troc Inc. c. 133120 Canada Inc.*, J.E. 95-879 (C.Q.); *Walker c. Roy*, [1997] R.R.A. 976; *Slush Puppie Trois-Rivières c. Bégin*, précité, note 113; *Mc Mahon, distributeur pharmaceutique Inc. c. Ouimet*, J.E. 2003-602 (C.S.).

160. *Mathieu c. Amex Canada Inc.*, J.E. 95-1812 (C.Q.): clause dans un contrat de carte de crédit qui prévoit que le détenteur perd les «points-privilège» dans l'éventualité où la Banque résilie, pour défaut de paiement, la carte.

161. *Option Consommateurs c. Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance)*, J.E. 2001-1018 (C.S.) [le tribunal qualifie l'article 1437 C.c.Q. de lésion objective]; *Québec (Procureur Général) c. Nicolas*, [1996] R.J.Q. 1679, 1686 (C.S.) [le tribunal semble faire une distinction «verticale» plutôt qu'«horizontale» entre la clause abusive et la lésion, le fardeau de preuve à établir aux termes de l'article 1437 C.c.Q. étant plus élevé que celui de l'article 1406 C.c.Q. (p. 1686)]; *Yoskovitch c. Tabor*, [1995] R.J.Q. 1397 C.S.) [cette décision porte sur la validité d'un contrat de vente d'un «fonds de commerce» contenant un petit four, des accessoires pour la cuisson, 2 recettes et 12 clients pour le prix de 50 000 \$. Le tribunal annule le contrat au motif de l'erreur mais soulève la question à savoir s'il peut être annulé au motif que le prix est abusif aux termes de l'article 1437 C.c.Q. Sans répondre clairement à la question, le juge semble être d'avis que cet article ne peut s'appliquer à «une clause essentielle» telle celle du prix (p. 1406)].

l'article 1437 C.c.Q. à une situation de déséquilibre économique du contrat dans sa globalité. Sous réserve de certains cas isolés et incertains¹⁶², il n'y a en définitive que les deux clauses que nous avons jusqu'à présent mises de côté qui fournissent des situations où les tribunaux sont intervenus directement sur les prestations elles-mêmes, par le biais de l'article 1437 C.c.Q.

La première est celle qui, dans un contrat de parrainage, exige du parrain qu'il se porte garant pendant 10 ans de la personne immigrante au pays. Si la Cour d'appel, dans l'important arrêt *Kabakian*, a finalement conclu qu'une telle clause n'est pas abusive¹⁶³, jamais ne l'a-t-elle fait au motif qu'étant la prestation même d'une partie au contrat, elle était du ressort exclusif de la lésion¹⁶⁴. Certains propos du juge Baudouin amènent même le professeur Jobin à conclure que la Cour consacre la vision extensive de la clause abusive qui, dès lors, peut sanctionner un déséquilibre dans l'économie générale du contrat¹⁶⁵.

-
162. *Slush Puppie Trois-Rivières c. Bégin*, précité, note 113 [cette décision aurait dû porter sur l'erreur ou peut-être sur l'article 1436 C.c.Q.]; *Système Troc Inc. c. 133120 Canada Inc.*, précité, note 159. Voir aussi: *Système Troc Inc. c. Solution Publicité Inc.*, B.E. 97BE-135 (C.Q.).
163. *Québec (Procureur général) c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 35.
164. Avant la décision de la Cour d'appel, une décision avait jugé cette clause abusive: *Brutus c. Joseph*, [1996] R.J.Q. 2619 (C.S.). Les autres décisions étaient à l'effet qu'une telle clause n'était pas abusive: *Le c. Le*, précité, note 63 [certains propos du juge reprennent implicitement l'idée que la prestation principale ne peut être abusive aux termes de l'article 1437 C.c.Q. (p. 1066-1067)]; *Québec (Procureur général) c. Nicolas*, précité, note 64. Depuis l'arrêt de la Cour d'appel: *Affaires sociales – 598*, [2000] T.A.Q. 1002 (T.A.Q.); *H.S. c. Québec (Ministre de la solidarité sociale)*, T.A.Q.E. 2002AD-91 (T.A.Q.).
165. Pierre-Gabriel JOBIN, «L'équité en droit des contrats», dans Pierre-Claude LAFOND, *Mélanges Claude Masse*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 473, à la p. 499. Le juge Baudouin écrit, au par. 55 de la décision (*Québec (Procureur général) c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 35): «Le caractère excessif d'une clause peut être apprécié soit en fonction d'un critère objectif (par exemple, exiger du contractant l'exécution d'une obligation pratiquement impossible à remplir ou totalement disproportionnée par rapport à l'obligation corrélatrice) [...]». Plus loin, au paragraphe 57, il écrit: «Quant au caractère déraisonnable de la clause résultant d'une disproportion entre les prestations [...]». S'il est vrai que ces propos peuvent incliner à croire que la porte est ouverte à la sanction, par l'article 1437 C.c.Q., des stipulations portant sur les prestations des parties, cette conclusion n'est tout de même pas la seule possible. Ce passage ne soulève pas directement la question de l'applicabilité de l'article 1437 C.c.Q. à ces clauses. De plus, le juge Baudouin, quelques paragraphes avant (par. 50), soulève la controverse doctrinale sur la nature de la clause abusive sans préciser sa propre conception. Selon nous, cet arrêt, s'il est utile aux débats, n'y met pour autant pas fin. Du même avis: Brigitte LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 67, p. 463.

L'autre situation met en scène la clause fixant le taux d'intérêt en matière de prêt¹⁶⁶. Encore une fois, cette clause, qui fixe le prix en matière de crédit, décrit l'équilibre économique du contrat et devrait donc être attaquée sous l'angle de la lésion. Mais dans ce domaine, la question demeure souvent théorique puisque la lésion est admise entre majeurs aux termes de l'article 2332 C.c.Q.¹⁶⁷. Elle pourrait être toutefois importante dans le cas des contrats de crédit autres que le prêt et non soumis à la *Loi sur la protection du consommateur*.

Cette revue de la jurisprudence est pour nous révélatrice. Même si les caractères distinct et complémentaire des notions de lésion et de clause abusive ne sont pas expressément consacrés par les tribunaux, et même si certains passages de l'affaire *Kabakian* laissent la porte ouverte à une interprétation large de l'article 1437 C.c.Q., l'application de cette disposition la confine largement aux stipulations périphériques au contrat présentant, lors de l'exécution, d'importantes conséquences pour l'adhérent.

166. Ont été jugées abusives: *Aumont c. Lapointe*, B.E. 2000BE-1233 (C.Q.) (29 %); *Beneficial Canada Inc. c. Nadeau*, B.E. 99BE-469 (C.Q.) (38.52 %); *Beneficial Canada Inc. c. Sirois*, [2000] R.L. 329 (C.Q.) (37.66 %); *Crédit Trans-Canada ltée c. McClemens*, [1995] R.J.Q. 985 (C.Q.) (39.61 %); *Services financiers Avco Canada ltée c. Bourdeau*, B.E. 97BE-423 (C.Q.) (37.38 %); *Corporation de crédit Trans-Canada Inc. c. Descoteaux*, J.E. 2003-242 (C.Q.) (40 %). Ont été jugées non abusives: *Crédit Trans-Canada ltée c. Prévost*, [1995] R.J.Q. 977 (C.Q.) (39.85 %) [voir sur cette décision: Nathalie VÉZINA, «Réactions judiciaires à quelques nouveautés du droit des obligations», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit civil (1995)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 71, à la p. 91 et Jean PINEAU, «Existence et limites de la discrétion judiciaire dans la formation et l'exécution du contrat», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial (1996)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 1, à la p. 9]; *Potvin & Bouchard Inc. c. 3127877 Canada Inc.*, J.E. 98-2319 (C.S.) (27 %).
167. D'ailleurs, les décisions qui font appel – injustement selon nous – à l'article 1437 C.c.Q. afin de réduire le taux d'intérêt dans un contrat de prêt, utilisent également l'article 2332 C.c.Q.: *Aumont c. Lapointe*, précité, note 166; *Beneficial Canada Inc. c. Nadeau*, précité, note 166; *Beneficial Canada Inc. c. Sirois*, précité, note 166; *Crédit Trans-Canada ltée c. McClemens*, précité, note 166 [on lit cette remarque à la page 992: «Nous avons vu que l'article 2332 C.c.Q. fixe les sanctions. L'article 1437 fixe les normes»; *Crédit Trans-Canada ltée c. Prévost*, précité, note 166 [voir sur cette décision: N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 109, p. 91 et Jean PINEAU, «Existence et limites de la discrétion judiciaire dans la formation et l'exécution du contrat», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial (1996)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 1, à la p. 9]; *Potvin & Bouchard Inc. c. 3127877 Canada Inc.*, J.E. 98-2319 (C.S.) (27 % – non abusif); *Services financiers Avco Canada ltée c. Bourdeau*, B.E. 97BE-423 (C.Q.) (37.38 % – abusif); *Corporation de crédit Trans-Canada Inc. c. Descoteaux*, J.E. 2003-242 (C.Q.) (40 % – abusif; art. 1437 et 2332).

Ce comportement en quelque sorte inconscient ou réflexe des acteurs judiciaires – juges et avocats –, constitue peut-être l'ultime argument afin de trancher la controverse qui demeure essentiellement doctrinale.

Ceci étant, et quoique nous soyons d'avis que la notion de clause abusive se distingue de la lésion, il faut se méfier d'une réaction dogmatique excessive qui aurait pour effet de limiter par trop le rôle de l'article 1437 C.c.Q. L'on ne doit pas confondre les stipulations fixant les prestations réciproques des parties – tel le prix – avec d'autres clauses pouvant avoir un rapport étroit avec celles-ci¹⁶⁸. Par exemple, une stipulation permettant au stipulant de modifier le prix de façon unilatérale ne porte pas sur l'équilibre économique global du contrat et n'est donc pas exclusive de l'article 1437 C.c.Q. Il en irait de même de la clause évasive de responsabilité liée à l'inexécution de l'obligation de livrer ou, plus généralement, de l'obligation fondamentale ou encore de toute clause d'exclusion dans le contrat d'assurance. Même si ces clauses touchent la prestation principale du stipulant, elles n'y sont qu'accessoires, périphériques.

En outre ce n'est pas parce que la clause abusive ne peut pas viser l'équilibre économique principal du contrat que l'application de l'article 1437 C.c.Q. exclut toute évaluation globale du contrat. Comme l'enseignent la Cour d'appel¹⁶⁹ et les auteurs¹⁷⁰, le caractère excessif et déraisonnable d'une clause particulière ne peut être déterminé sans calibrer celle-ci à l'intérieur de son environnement contractuel¹⁷¹. Mais il importe de souligner qu'en ce faisant on ne cherche pas à établir si le contrat lui-même, dans son ensemble, est abusif ou déséquilibré – ce qui serait de l'ordre de la lésion –, mais de s'assurer que la clause contestée n'a pas été incluse en contrepartie de certains autres éléments. La clause

168. P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note 155, n° 404, p. 331.

169. *Régie d'assainissement des eaux du bassin de la Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.). Les propos du juge Baudouin dans l'arrêt *Kabakian* soutiennent également cette opinion: *Québec (Procureur général) c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 35, par. 55 et 57.

170. Sont entre autres de cet avis: J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 43, n° 105, p. 123; Pierre-Gabriel JOBIN, «Les clauses abusives», (1996) 75 *R. du B. can.* 503, 514; A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 34, p. 152; M. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 11, p. 90 (relève quant à lui la souplesse laissée aux tribunaux dans l'interprétation de cet article).

171. C'est la solution que retiennent l'article 4 de la directive européenne et l'article 1, par. 5 de la loi française. Voir F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 154, n° 307, p. 304.

abusive ne vise donc pas uniquement et exclusivement ce qu'on a pu appeler le «juste juridique» exclusif à tout «juste économique», ces deux pôles ne pouvant aucunement être distingués; tout dans un contrat peut être ramené à l'économique¹⁷². Si une clause d'exclusion de garantie peut *a priori* être abusive, elle se justifie possiblement lorsqu'il appert qu'elle a été consentie en fonction d'un prix à la baisse. À l'inverse cette évaluation globale peut aider, nous l'avons vu, à condamner une clause de résiliation unilatérale sans indemnité en faveur du stipulant, si l'exercice du même pouvoir par l'adhérent présuppose le paiement d'une pénalité¹⁷³. Comme plusieurs auteurs l'ont fait remarquer cette méthode est au surplus conforme au principe de l'article 1427 C.c.Q. selon lequel le contrat forme un tout¹⁷⁴.

CONCLUSION

D'aucuns se souviennent des débats, longs et houleux, qui ont entouré la question du sort de la lésion dans le nouveau Code civil¹⁷⁵. L'acceptation de celle-ci entre majeurs devait constituer, pour certains, un rempart contre l'exploitation du faible par le fort – n'est-ce pas d'ailleurs le nœud de la définition de la lésion? – alors que pour d'autres elle allait résulter au déclin du contrat, à sa déconsidération sociale. On le sait, les seconds ont tenu bon et eurent gain de cause. Seul l'article 1437 C.c.Q. fut sauvé des eaux. Pour les tenants de la lésion, il devenait leur espoir...

Dix ans se sont écoulés et s'il est délicat de synthétiser en quelques lignes le *corpus* jurisprudentiel concernant cette notion, il reste possible de soutenir que la déstabilisation du contrat n'a pas eu lieu. Les tribunaux, depuis 1994, sont même plutôt sobres dans leur application et leur interprétation de l'article 1437 C.c.Q. Bien souvent sont sanctionnées des clauses qui l'étaient déjà sous l'ancien droit, ou qui sont spécialement réglementées dans le Code. Également, les tribunaux ne semblent généralement pas enclins, même si le débat reste ouvert, à lui faire jouer le rôle de la lésion. Pour nous, cette réaction judiciaire, empreinte de sérénité,

172. P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note 155, n° 404, p. 332.

173. Ou, *a fortiori*, lorsque l'adhérent n'a pas du tout le pouvoir de résiliation unilatérale: A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 34, p. 156.

174. Voir entre autres: N. CROTEAU, *op. cit.*, note 72, p. 128.

175. Voir: Jean PINEAU, «Le nouveau Code civil et les intentions du législateur», dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 3.

démontre une fois de plus que la méfiance à l'encontre des tribunaux qui a justifié – à tout le moins indirectement et silencieusement – la solution concernant la lésion entre majeurs, doit être regrettée. Les tribunaux doivent être à la fois gardiens de l'équité contractuelle et de sa stabilité et la reconnaissance, même active, de la première ne résulte pas nécessairement en la disparition de la seconde. Les dix premières années d'application de la notion de clause abusive semblent devoir nous le confirmer.