

Le contrat d'adhésion : actualités et droit international privé

Sylvette Guillemard and Dieudonné Édouard Onguene Onana

Volume 48, Number 4, 2007

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043948ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/043948ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Guillemard, S. & Onana, D. (2007). Le contrat d'adhésion : actualités et droit international privé. *Les Cahiers de droit*, 48(4), 635–680.
<https://doi.org/10.7202/043948ar>

Article abstract

The contract of adhesion continues to acquire ever greater importance in today's contractual relations. Its strength lies in its efficiency, speed and seamless adaptation to digital processing techniques. Indeed, deals contracted over Web sites or pages could not be concluded in any other way. Whether in a domestic or international setting, the lion's share of current sales agreements are contracts of adhesion.

Obviously, this type of contract can harbour many dangers for unwary contracting parties, be they professionals or consumers. In these circumstances, the concept of the abusive clause immediately comes to mind. In their research into this issue, the authors begin by a review of the current types of contracts of adhesion and then examine the rules applicable to them in an international setting. First, they look into what protections the adhering party has in an international transaction and then suggest protection for all adhering parties, and not merely consumers, as the Québec codifiers have chosen to do. Furthermore, they analyse clauses in relation to private international law — jurisdictional and normative — in order to set forth solutions to protect the adhering party in cases where such clauses are unfavourable to the latter.

Le contrat d'adhésion : actualités et droit international privé*

Sylvette GUILLEMARD**

et

Dieudonné Édouard ONGUENE ONANA***

Le contrat d'adhésion occupe une place de plus en plus importante dans les relations contractuelles contemporaines. Outil d'efficacité et de rapidité, il est en outre favorisé par la technique numérique. En effet, les contrats conclus par l'entremise de pages ou de sites Web ne peuvent se former autrement. Que ce soit sur le plan national ou dans le contexte de relations internationales, une très grande partie des contrats de vente actuels sont des contrats d'adhésion.

Or ce type de contrat recèle indiscutablement des dangers pour l'adhérent, quelle que soit sa qualité (professionnel ou simple particulier). À cet égard, la notion de clause abusive vient immédiatement à l'esprit.

Après avoir passé en revue les figures actuelles du contrat d'adhésion, les auteurs se penchent sur son régime dans les relations internationales. D'une part, ils examinent les protections de l'adhérent dans une relation internationale et prônent une protection de tout adhérent, pas seulement de l'adhérent consommateur, comme a choisi de le faire le codificateur québécois. D'autre part, ils étudient les clauses de droit international privé—clauses de rattachement juridictionnel et clauses de rattachement normatif—et proposent des solutions pour protéger l'adhérent dans les cas où de telles clauses lui sont défavorables.

* Notre recherche a bénéficié du soutien du Fonds québécois de recherche sur la société et la culture (FQRSC).

** Professeure, Faculté de droit, Université Laval.

*** Doctorant, Faculté de droit, Université Laval.

The contract of adhesion continues to acquire ever greater importance in today's contractual relations. Its strength lies in its efficiency, speed and seamless adaptation to digital processing techniques. Indeed, deals contracted over Web sites or pages could not be concluded in any other way. Whether in a domestic or international setting, the lion's share of current sales agreements are contracts of adhesion.

Obviously, this type of contract can harbour many dangers for unwary contracting parties, be they professionals or consumers. In these circumstances, the concept of the abusive clause immediately comes to mind.

In their research into this issue, the authors begin by a review of the current types of contracts of adhesion and then examine the rules applicable to them in an international setting. First, they look into what protections the adhering party has in an international transaction and then suggest protection for all adhering parties, and not merely consumers, as the Québec codifiers have chosen to do. Furthermore, they analyse clauses in relation to private international law—jurisdictional and normative—in order to set forth solutions to protect the adhering party in cases where such clauses are unfavourable to the latter.

	<i>Pages</i>
1 Les figures actuelles du contrat d'adhésion	639
1.1 Les caractéristiques du contrat d'adhésion	639
1.2 Les dangers du contrat d'adhésion	646
1.3 La protection de l'adhérent	648
2 Les clauses de droit international privé et les clauses prohibées	653
2.1 La clause de rattachement normatif dans le contrat d'adhésion	654
2.2 La clause de rattachement juridictionnel dans le contrat d'adhésion	655
2.2.1 Les clauses externes et les clauses abusives.....	655
2.2.2 La compétence du tribunal saisi	667
2.2.2.1 Le tribunal saisi n'est pas le tribunal désigné	668
2.2.2.2 Le tribunal saisi est le tribunal désigné.....	671
2.2.3 Des pistes de solution.....	672
2.2.3.1 La solution conventionnelle	672

2.2.3.2	La solution législative.....	676
2.2.3.3	La solution prétorienne.....	677
Conclusion	678

Les contrats d'adhésion remontent, semble-t-il, à plusieurs siècles. Selon certains¹, les ententes régissant le transport des pèlerins en Terre Sainte à l'occasion des croisades dès le XII^e siècle leur étaient apparentées. Leur dénomination actuelle est due à Saleilles, au début du siècle dernier, période qui, faut-il le rappeler, est celle de la révolution industrielle. Cette «révolution» n'est pas sans relation avec la modification des rapports contractuels : diminution des négociations précontractuelles, augmentation de puissance et, souvent, monopole de l'un des partenaires d'affaires, besoin de rapidité, standardisation des rapports entre les contractants. À cette époque, pour les magistrats, qui dit consentement de deux parties, dit contrat, avec tout ce que cela implique notamment en matière de force obligatoire et d'interprétation du texte. Saleilles conteste cette vision et pour lui, ce qu'il appelle, faute de mieux, des contrats d'adhésion «n'ont du contrat que le nom²». Selon ce juriste, ce sont en réalité des actes unilatéraux, comparables à bien des égards à la loi : «tous les contrats de travail dans la grande industrie, des contrats de transport avec les grandes compagnies de chemins de fer, et de tous ces contrats [...] revêtent comme un caractère de loi collective et [...] se rapprocheraient beaucoup plus de la *Lex* que de l'accord des volontés³». Comme le constate Benoît Moore, la thèse contractuelle n'est plus remise en question de nos jours⁴.

La fréquence des contrats d'adhésion, en ce début de XXI^e siècle, est indéniable. À peu près tous les contrats de la vie courante en sont, qu'il s'agisse de l'achat d'un bien de consommation, de la location d'une chambre d'hôtel ou de la souscription à une police d'assurance. Plus fréquents dans le domaine professionnel, les contrats de transport, les contrats de connaissance sont de la même sorte, tout comme le contrat de franchise

1. Voir Otto PRAUSNITZ, *The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law*, 1937 cité par John J.A. BURKE, «Reinventing Contract», (2003) 10 (2) *Murdoch U.E.J.L.* par. 20.
2. Raymond SALEILLES, *De la Déclaration de volonté – Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris, L.G.D.J., 1929, p. 229.
3. *Id.*, p. 230.
4. Benoît MOORE, «À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois», (1994) 28 *R.J.T.* 177.

ou celui de sous-traitance. Peu importe la teneur du contrat, le nombre d'obligations et leurs ramifications, tout peut être d'adhésion. Un auteur remettant en question l'individualisme contractuel appuie sa démonstration sur le cautionnement. À son égard, il se demande justement : « comment la société en est-elle venue à la généralisation du contrat d'adhésion dans le contexte d'échanges obligationnels largement plus complexes que ceux qui concernent l'achat d'un billet d'avion ou la location mensuelle d'un casier dans un gymnase⁵ ? »

En outre, depuis quelques années, la possibilité qu'ont les humains d'entrer en contact par l'entremise des réseaux numériques et d'y conclure des ententes a évidemment augmenté considérablement la fréquence de ce type de contrat. En particulier, les contrats conclus par l'intermédiaire de sites ou de pages Web ne peuvent être qualifiés, en termes de formation, autrement que de contrats d'adhésion⁶. En effet, la technique et la présentation formelle du contrat interdisent toute négociation. C'est « à prendre ou à laisser ». Les seules options possibles offertes à l'internaute sont soit de cliquer sur le bouton prévu à cette fin — et le contrat alors est conclu —, soit de renoncer à contracter.

Parallèlement à la prolifération des contrats d'adhésion, et sans forcément de lien avec elle, on note également une grande augmentation des relations privées internationales ou, terme que nous préférons, transnationales⁷. Certes, le commerce de consommation classique est plus fréquemment limité au territoire national et la transnationalité est alors plutôt fortuite, mais personne ne nie qu'entre professionnels le commerce international représente une activité régulière et fréquente. Quant au commerce numérique, il est florissant, tous genres confondus (*B to B* et *B to C*). Il n'est pas certain que tous les contrats conclus ou exécutés par l'entremise des réseaux numériques soient transnationaux⁸, mais on peut penser que,

5. André BÉLANGER et Ghislain TABI TABI, « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement », (2006) 47 C. de D. 429, 433.

6. L'un des auteurs de ce texte a déjà eu l'occasion de proposer que, « dans le cas des contrats conclus à partir de site Web, le contrat d'adhésion ne devrait pas simplement faire l'objet d'une présomption. Puisque la faculté de négocier est totalement absente, rendue impossible par la technique, ce contrat doit être *réputé* d'adhésion, d'autant plus que personne ne conteste cette qualification » : Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 349.

7. Enfin, on peut cependant se demander s'il n'y a pas un lien entre prolifération des contrats d'adhésion et internationalisation ? En raison de la distance entre les cocontractants, la négociation entre eux est peut-être difficile, même si elle serait d'autant plus souhaitable, voire nécessaire.

8. Voir S. GUILLEMARD, *op. cit.*, note 6, p. 288 et suiv.

étant donné la quantité de contrats conclus sur le Web, ceux qui pourraient recevoir cette qualification représentent un nombre très important.

Devant ces deux constatations (augmentation des contrats d'adhésion et hausse du nombre de contrats comportant un élément d'extranéité), il nous a semblé intéressant de nous pencher sur le contrat d'adhésion international et, plus précisément, sur quelques questions de droit international privés soulevées par ce type de contrat.

Nous avons d'abord cherché à vérifier quelles étaient les caractéristiques actuelles du contrat d'adhésion (1). En particulier, nous nous sommes demandé si des types de contrats nouvellement apparus, le contrat cyberspatial et le *shrink wrap contract*, correspondaient à la définition habituelle du contrat d'adhésion, tout en rappelant les dangers présentés par ce mode de conclusion des contrats. Nous nous sommes également penchés sur les grandes lignes de la protection de l'adhérent dans quelques ordres juridiques.

Nous avons consacré les développements suivants aux questions de droit international privé (2) en cherchant à voir dans quelle mesure les clauses dites de conflits — conflits de lois, conflits de juridictions — risquent de nuire à l'adhérent. Même si le droit québécois comporte une disposition protégeant l'adhérent, quelle que soit sa qualité (professionnel ou consommateur), contre les clauses abusives, nous constatons que cette protection est difficile à mettre en œuvre, en particulier dans le registre des clauses de rattachement juridictionnel. C'est pourquoi nous proposons pour terminer notre recherche quelques pistes de solution, dont certaines s'adressent particulièrement au législateur québécois.

1 Les figures actuelles du contrat d'adhésion

1.1 Les caractéristiques du contrat d'adhésion

Malgré les propos du doyen Carbonnier qui estimait que le contrat d'adhésion n'était pas « rigoureusement définissable⁹ », celui-ci présente cependant un certain nombre de caractéristiques fondamentales. Il est relativement aisé de les mettre en relief puisque la qualification de contrat d'adhésion, à la différence de celle du contrat de consommation ou du contrat international, par exemple, ne repose que sur des considérations juridiques, objectivement observables, liées à son mode de conclusion.

9. Jean CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 21^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 89.

L'article 1379 du *Code civil du Québec* énonce parfaitement les particularités de ce type de contrat : « Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées. »

En France, Jacques Ghestin en donne une définition très proche : « Le contrat d'adhésion peut [...] être défini comme l'*adhésion à un contrat type, qui est rédigé unilatéralement par l'une des parties et auquel l'autre adhère sans possibilité réelle de le modifier*¹⁰. »

Aucun élément subjectif n'est pris en considération. Contrairement à ce que proposait le doyen Carbonnier, actuellement, la qualification juridique ne tient pas compte précisément de la puissance ou de la faiblesse des contractants, pas plus qu'elle ne s'attache au fait que le stipulant pourrait détenir un monopole¹¹.

Sur le plan factuel, on peut se demander comment l'une des parties réussit à imposer ses termes à l'autre ou pourquoi l'un des contractants accepte d'être lié sans avoir voix au chapitre. Dans un contrat d'adhésion, si l'une des parties est en mesure d'imposer à l'autre ses conditions contractuelles préétablies (généralement à son avantage ou qui risquent de l'être), c'est que l'autre partie se trouve, par rapport à elle, en position de faiblesse. Celle-ci peut être due soit à son infériorité économique, à son ignorance de fait ou de droit, à son incurie, à son insouciance ou à sa paresse, soit à la loi elle-même ou du fait de son propre état de besoin. Dans ce registre, l'exemple du contrat de fourniture d'électricité vient immédiatement à l'esprit. La supériorité du stipulant n'est pas une condition juridique. C'est sans doute vers une autre science que vers le droit qu'il faut se tourner pour expliquer que l'un des partenaires contractuels puisse accepter de se soumettre aux diktats de l'autre.

Les descriptions issues de la common law sont proches de celles fournies par le droit civil. Par exemple, aux États-Unis :

The law coined a new term: "contract of adhesion" to categorize most standard form contracts used in consumer transactions. The Supreme Court of New Jersey,

10. Jacques GHESTIN, « Rapport introductif », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, p. 3, à la page 8.

11. C'est la Cour de cassation qui a supprimé ce critère, car elle a « estimé, dans l'arrêt *Diac* [Cass. civ. 1^{re}, 6 janv. 1994, J.C.P.1994.II.22237, note Gilles PAISANT] que l'abus de puissance économique du professionnel était inhérent aux contrats d'adhésion proposés aux consommateurs » : Caroline CAMBIER, « L'impact de la directive communautaire sur les clauses abusives en droits français, espagnol et anglais », mémoire de DEA, 1998, p. 20, [En ligne], [www2.univ-lille2.fr/droit/documentation/doc/cambier.doc] (23 avril 2007).

using a broadly accepted definition, has stated, "the essential nature of a contract of adhesion is that it is presented on a take-it-or-leave-it basis, commonly in standardized printed form, without opportunity for the "adhering" party to negotiate except for [*sic*] a few particulars"¹².

Tout contractant, quelle que soit sa qualité, est susceptible d'être un adhérent :

En effet, à l'instar des consommateurs, nombreux sont les professionnels qui, parce qu'ils sont en situation d'infériorité économique ou de dépendance intellectuelle ou technique par rapport à leurs partenaires, sont privés de tout pouvoir de négocier le contenu de leur contrat et, par conséquent, doivent se résigner à accepter des clauses abusives¹³.

La technique s'allie tant au besoin de rapidité¹⁴ et à la standardisation¹⁵ qu'à l'« universalisation » des rapports commerciaux, au sens large du terme, pour favoriser les contrats d'adhésion. Comme le faisait remarquer Georges Berlioz, « [I]es facteurs matériels de présentation du document contractuel contribuent à faire du contrat un contrat d'adhésion¹⁶ ». En effet, dans le monde fondé sur le papier, le document contractuel est souvent imprimé à l'avance et la technique de l'impression permet d'y inclure une grande quantité de clauses. Il est plus facile, dans ces conditions, d'imposer les modalités d'un contrat que lorsque le processus de construction ou de formation de la convention se fait de vive voix et qu'un dialogue risque de s'établir.

Parlant de technique, penchons-nous sur le cas du contrat tel qu'il est proposé par l'intermédiaire des sites ou des pages Web. À ce stade-ci, nous nous intéresserons à son aspect formel, c'est-à-dire que nous le regarderons tel qu'il se présente juste avant que l'acceptant ne donne son accord au pollicitant. Pour ce faire, nous prendrons l'exemple d'un contrat de vente portant sur un bien matériel, comme un livre ou un meuble. Le client, après

-
12. J. BURKE, *loc. cit.*, note 1, par. 110, citant l'arrêt *Rudbart v. North Jersey District Water Supply Comm'n*, (1992) 127 N.J. 344, 353.
 13. Denis MAZEAUD, « La protection par le droit commun », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, p. 33, aux pages 34-35.
 14. Nous sommes tentés de dire que les professionnels ont « besoin » de rapidité pour mener leurs affaires et que les simples particuliers, eux, ont « envie » de rapidité pour se procurer ce dont ils ont besoin.
 15. C'est en ce sens que Saleilles parlait du fait que le pollicitant « dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée » : R. SALEILLES, *op. cit.*, note 2, p. 229. Les rapports contractuels ne sont plus façonnés individuellement, en prenant en considération les besoins propres de chaque événement contractuel, *ad hoc* en quelque sorte, mais la même chose est proposée à tout cocontractant éventuel, quel qu'il soit.
 16. Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 25.

avoir vu la description de l'objet de la vente, est invité à remplir un formulaire où il doit décliner son identité, son adresse, éventuellement l'adresse de livraison et les renseignements qui permettront au vendeur d'être payé. Il s'agit la plupart du temps du type, du numéro et de la date d'expiration de la carte de crédit. Préalablement à l'envoi de sa commande, l'acheteur peut être invité ou obligé, selon les sites, à prendre connaissance des clauses juridiques contenues dans des rubriques plus ou moins consacrées à ce sujet. Ainsi, l'offre contient au minimum la description du bien, son prix, son mode de livraison, augmentée, parfois, des conditions de vente qui, elles, concernent notamment la garantie, le recours au service après-vente et, de plus en plus souvent, la désignation de l'autorité compétente en cas de litige et l'indication de la loi applicable.

Le rôle du client dans le processus de construction contractuelle, depuis le début de sa visite au site Web, une fois la lecture de l'offre effectuée, consistera à appuyer sur un « bouton¹⁷ », à « cliquer » avec son pointeur. C'est pour cette raison qu'en anglais, on nomme de tels contrats des « *point-and-click contracts* ». Si l'acheteur a oublié de remplir certains champs ou refuse de le faire, par exemple, s'il omet de confirmer qu'il a bien pris connaissance des conditions de vente, le bouton sera inactif et un message s'affichera le rappelant à l'ordre. Bien sûr, l'acheteur peut s'engager en cliquant sans avoir réellement pris connaissance des conditions imposées par le stipulant, tout comme il peut le faire avec un document papier. On pense ici aux documents que fait signer un garagiste au Québec lorsqu'on lui remet une voiture pour une réparation. S'ils acceptent de renoncer à l'évaluation écrite des frais, les automobilistes doivent signer un formulaire à cet effet, en vertu de l'article 168 de la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁸. Il serait surprenant d'apprendre combien d'entre eux lisent réellement ce qu'ils signent ! André Bélanger, se fondant sur la jurisprudence, constate que, même dans le contexte d'un contrat aussi lourd de conséquences que le contrat de cautionnement, « trop de cautions ne lisent pas les contrats d'adhésion soumis à leur signature¹⁹ ».

Les *point-and-click contracts* répondent en tous points à la définition du contrat d'adhésion. Ce type de contrat est intimement lié à la technique numérique. Le client fait face à un écran où sont affichés des informations, des clauses consultables en permanence, soit directement, soit grâce à un hyperlien, et des boutons qui lui permettent de passer sa commande. En raison de la nature matérielle du document, il lui est impossible de modifier quoi que ce soit.

17. Cela correspond à une petite case indiquant, par exemple, « J'accepte » ou « Send ».

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

19. A. BÉLANGER et G. TABI TABI, *loc. cit.*, note 5, 438-439.

Les contrats d'adhésion virtuels ne sont pas réservés aux seuls consommateurs puisque, par définition, le réseau est ouvert, accessible à tout le monde. Par conséquent, lorsque quelqu'un offre des produits ou des services sur le Web, il peut s'adresser autant à de simples individus, habituellement décrits comme des consommateurs, c'est-à-dire qui vont se procurer les produits ou services pour leur usage personnel qu'à des commerçants ou à des petites et moyennes entreprises (PME) qui comptent mener des opérations dans le contexte de leur activité professionnelle. Non seulement les offres s'appliquent à tous, mais souvent l'acte même de la vente avec des particuliers ne se distingue pas de l'acte de la vente avec des professionnels, les uns et les autres remplissant fréquemment les mêmes formulaires numériques. En outre, que le réseau soit ouvert ou non (et ici l'image des extranets s'impose), du moment que les termes contractuels, que l'offre de contrat sont proposés sur un site Web, le contrat ne peut être de gré à gré.

Une autre façon de contracter est apparue il y a quelques années. Il s'agit du *shrink wrap contract*—ou *shrink wrap license*—très utilisé dans le commerce du logiciel. C'est un contrat en vertu duquel «an offeree accepts all provisions of the sales agreement simply by opening the software package²⁰». En somme, le consentement est préalable à la prise de connaissance des termes du contrat. L'acheteur s'engage, en déchirant la pellicule de plastique, sans savoir à quoi il s'engage. Une pratique pareille déclenche plusieurs questions. Ainsi, ce consentement préalable peut-il ou doit-il être confirmé par la suite? Il est possible de prétendre que, si confirmation il doit y avoir, elle peut consister dans le fait pour l'adhérent de ne pas contester les clauses découvertes après en avoir pris connaissance. Il s'agirait alors d'une confirmation tacite.

Par ailleurs, en supposant qu'il y ait eu consentement et confirmation de celui-ci, on peut tout de même s'interroger sur sa valeur véritable, notamment dans la mesure où il s'agit d'un consentement non éclairé. Quelle est la valeur du consentement qu'une personne accorde sans savoir

20. Donnie L. KIDD Jr. et William H. DAUGHTREY Jr., «Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts: Overview and Suggestions», (1999-2000) 26 *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 215, 243. L'expression parfois employée en français pour décrire de tels contrats est «contrats d'ouverture»: voir MINISTÈRE DU PATRIMOINE CANADIEN (CANADA), *Guide d'élaboration d'une stratégie d'octroi de licences à l'intention des musées canadiens*, chap. 4 « Vos négociations de type gagnant-gagnant », 2004, [En ligne], [www.chin.gc.ca/Francais/Propriete_Intellectuelle/Guide_Elaboration/ch4_negociations.html] (1^{er} février 2008). L'Office québécois de la langue française indique comme traduction «contrat d'achat sous emballage»: OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le grand dictionnaire terminologique*, [En ligne], [www.granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index800_1.asp] (9 janvier 2007).

à quoi elle s'engage, autrement dit, que vaut ce que nous pourrions nommer le « consentement préalable » ? Une autre question, plus précise, surgit également : à quoi l'acceptant a-t-il acquiescé ? Cette question repose sur les exigences du Code civil en matière de consentement. Au Québec, l'article 1431 C.c.Q., presque identique à l'article 1163 du *Code civil* français, prévoit que les clauses du contrat « comprennent seulement ce sur quoi il paraît que les parties se sont proposé de contracter ». Dans le cas du *shrink wrap contract*, sur quoi porterait l'accord entre le vendeur et le client ? À notre avis, l'accord porterait sur ce que l'on est en droit d'attendre d'un contrat. En d'autres termes, dans l'acte de contracter, il y a une sorte de base commune, prévisible, connue presque instinctivement. Ainsi, dans un contrat de vente, tout le monde, professionnel ou non, sait au moins que le vendeur doit transférer la propriété du bien, qu'il risque, dans une bonne mesure, d'être responsable de la qualité du bien vendu, ce qui, juridiquement, signifie qu'il est tenu à une garantie et que l'acheteur doit payer le prix ; dans un louage, le locateur doit procurer la jouissance du bien au locataire qui doit lui payer un loyer, etc.²¹.

Prenons l'exemple de l'achat d'un logiciel restreignant l'un des aspects du droit de propriété, comme le droit d'usage de l'acheteur²². Cette restriction ne sera connue qu'à l'utilisation du produit par l'acheteur. Celui-ci ne devrait être tenu qu'aux règles habituelles en matière de transmission du droit de propriété à la suite d'une cession à titre onéreux. Certains pourraient prétendre que l'acheteur n'a pas consenti aux règles limitant son droit d'usage : il n'avait pas connaissance de leur existence. Ces restrictions pourraient être considérées comme des règles externes au contrat, lequel demeurerait, la substance du contrat restant constituée dans le paiement du prix du logiciel par l'acheteur et la fourniture, en retour, du logiciel par le vendeur ou le constructeur.

En réalité, les réponses qui pourraient être apportées à ces problèmes soulevés par la méthode du *shrink wrap contract* doivent être prudentes. D'un côté, on peut postuler que l'on ne peut acquiescer à ce que l'on ignore. Ainsi, tout consentement préalable donné dans le contexte du *shrink wrap contract* est théoriquement inexistant et doit être considéré comme nul.

21. Ce fondement commun correspond à ce que François Collart Dutilleul décrit comme les obligations du contrat, par opposition au « contenu obligatoire quoique non obligationnel », au registre duquel il inscrit notamment les clauses pénales et les clauses limitatives de responsabilité : François COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 225, à la page 231.

22. Nous tiendrons pour acquis, pour le raisonnement, qu'il s'agit d'une vente, qualification qui fait l'objet de discussions.

Toutefois, raisonner ainsi entraînerait une très grande insécurité juridique dans les opérations dont les auteurs utilisent ce mode de contrat. En revanche, ne serait-il pas possible d'accorder à l'adhérent dans tel cas la possibilité de revenir sur son consentement ? En France, un principe en ce sens existe en droit de la consommation. Selon le doyen Carbonnier, dans deux situations précises, « le droit de la consommation s'accommode d'une faculté de repentir. Dans les 7 jours du contrat, l'acheteur sur démarchage à domicile, l'emprunteur dans une opération de crédit à la consommation, peuvent revenir sur le consentement qu'ils ont donné (Code de la consommation, articles L121-25 et 311-15)²³. » Pourquoi ne pas prévoir une règle pareille pour les contrats sous emballage, peu importe la qualité de l'adhérent, évidemment ? Il pourrait confirmer le contrat de manière formelle, ou tacite comme nous venons de le souligner, mais il pourrait aussi revenir sur son consentement par une simple déclaration.

Si bien des questions de ce type se posent dans le monde « traditionnel », il faut admettre qu'elles se posent plus fréquemment encore dans le monde virtuel. Comme nous l'avons mentionné plus haut, le fait de dérouler des « pages » de clauses sur un écran sans les lire réellement ne diffère pas de la plupart des situations du monde traditionnel où l'acceptant ne lit pas, lorsqu'il en a un, le document qu'il doit signer. Quant au contrat auquel une personne acquiesce avant d'en connaître le contenu, il correspond aux dizaines de contrats courants conclus tous les jours en mode traditionnel. Lorsqu'un individu achète, selon ce mode, des produits d'épicerie, des vêtements, des livres ou des disques, d'abord, il n'est pas certain qu'il a réellement conscience de contracter ; par ailleurs, le contrat ne porte apparemment que sur le bien, la quantité et le prix. Si le commerçant ou le vendeur a une politique ou des habitudes particulières, par exemple, en matière de règlement des différends, l'acheteur l'ignore.

Par conséquent, qu'il s'agisse de contrats par l'entremise de sites Web ou de contrats sous emballage, en matière de construction contractuelle, ils ne diffèrent pas réellement de ceux du monde traditionnel. Ce sont des contrats d'adhésion et, pour nous, les *shrink wrap contracts* représentent le type ultime de contrat d'adhésion. Nous pourrions même les qualifier de « contrats d'adhésion extrêmes ».

23. Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 183. Depuis, d'autres dispositions prévoyant un droit de rétractation se sont ajoutées : art. L121-20 et suiv.

1.2 Les dangers du contrat d'adhésion

Le *Code civil du Québec* qui traite de façon particulièrement intéressante le contrat d'adhésion—nous y reviendrons—énonce dans ses articles 1435, 1436 et 1437 les principaux dangers que recèle ce type de convention. Ils peuvent être classés en deux groupes, l'un ayant trait à la connaissance du contenu des dispositions contractuelles par l'adhérent, l'autre à la teneur même des clauses.

Comme tout contractant, il faut que l'adhérent connaisse le contenu des clauses ou, tout au moins, il doit pouvoir en prendre connaissance. Cela ne sera pas le cas si la clause est externe, c'est-à-dire matériellement détachée du contrat principal.

Il en allait ainsi dans l'affaire qui a mené à une action collective opposant l'Union des consommateurs à l'entreprise Dell²⁴. Les conditions de vente sur le site Web de cette entreprise comprenaient une clause d'arbitrage. L'association de consommateurs, en dépit de cette clause, a saisi le tribunal québécois pour demander l'autorisation d'exercer une action collective. Dell a alors soulevé l'incompétence du tribunal québécois en invoquant la clause compromissoire. Le tribunal de première instance a rejeté l'exception déclinatoire : le consommateur québécois ne peut être privé du recours à son tribunal « naturel », celui de son domicile, et ce, en vertu de l'article 3149 C.c.Q. La Cour d'appel ayant été saisie, elle s'est demandé, entre autres, si la clause compromissoire était une clause externe, qui nécessitait, par conséquent, un traitement particulier au moment de la naissance du contrat. L'article 1435 C.c.Q. impose en effet qu'elle doit être portée à la connaissance de l'adhérent, sous peine de nullité. En l'occurrence, le contrat « contient une clause externe par référence, soit celle qui n'apparaît pas au contrat mais à laquelle celui-ci renvoie²⁵ ». En effet, le contrat renvoyait, sous forme de lien hypertexte, aux conditions générales de vente de Dell, celles-ci comprenant notamment une clause compromissoire. Comme il n'a pas été prouvé que le client en ait eu connaissance au moment de la conclusion du contrat, la clause d'arbitrage a été déclarée nulle. Cependant, dans un arrêt du 13 juillet 2007, la Cour suprême du Canada a renversé cette décision en refusant de qualifier la clause d'« externe²⁶ ». Le plus haut tribunal du pays en a donné une interprétation stricte en vérifiant seulement que l'accès à la clause d'arbitrage contestée n'était pas entravé par sa configuration.

24. *Union des consommateurs c. Dell Computer Corporation*, [2004] J.Q. n° 155 (QL) (C.S.); *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, 2005 QCCA 570 (QL) (C.A.).

25. *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, précitée, note 24, par. 33.

26. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34.

L'opinion majoritaire de l'arrêt de la Cour suprême a été formulée par la juge Deschamps. Après avoir relevé le caractère physiquement séparé *a priori* des clauses externes par référence, elle s'est attachée à en démontrer l'accessibilité dans l'affaire en cours. Cette accessibilité dépendrait de la configuration de la clause. Ayant constaté que le consommateur peut en « lire le texte en cliquant une seule fois sur l'hyperlien menant aux conditions de vente²⁷ », la juge Deschamps a conclu à l'inexistence d'une clause externe. La portée de cette décision est considérable dans le commerce électronique : on peut penser que les clauses externes sont désormais exclues d'application, de manière générale, dans les contrats conclus par l'Internet.

L'opinion minoritaire rédigée par le juge LeBel est plus nuancée. Il a estimé « qu'un document relié par hyperlien a été expressément porté à la connaissance du consommateur au moment de la formation du contrat [lorsqu'] "[u]n lien hypertexte vers le document incorporé par référence [était] fonctionnel et évident"²⁸ ». Le juge LeBel a constaté que le simple clic sur l'hyperlien faisait apparaître les autres conditions contractuelles. Parmi elles, un avertissement portait sur l'existence de la clause de règlement des différends. La clause était par conséquent accessible, et c'est cette accessibilité qui amène à lui dénier un caractère externe. Les juges minoritaires ont examiné notamment l'emplacement de l'hyperlien et, ayant conclu que ce mécanisme de renvoi était conforme aux usages, ont éliminé toute faute de la part du commerçant pour conclure que, du seul fait que « la page de configuration contenait un avis selon lequel la vente était assujettie aux conditions de vente, accessibles par hyperlien²⁹ », Dell les portait expressément à la connaissance de l'adhérent.

Le Code civil du Québec déclare également nulle la clause rédigée en caractères trop petits pour être facilement lisibles³⁰. Un commentateur parle du contenu du contrat « exprimé en caractères si lilliputiens qu'il est permis de se demander si les auteurs ont souhaité véritablement qu'il fût lu et connu³¹ ». En outre, l'adhérent ne connaîtra pas non plus la

27. *Id.*, par. 101.

28. *Id.*, par. 237, citant Serge PARISIEN, « La protection accordée aux consommateurs et le commerce électronique », dans Daniel POULAIN et autres, *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 106.

29. *Id.*, par. 238.

30. Art. 1436 C.c.Q.

31. Jean PINEAU, « Théorie des obligations », dans A. LAPRISE et Denis VAUGEUIS (dir.), *La réforme du Code civil*, t. 2, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 9, à la page 97.

teneur d'une clause si elle est « incompréhensible³² », ce qui en justifie éventuellement la nullité. Ici, on fait référence à « un langage si abscons qu'il est permis de se demander si les auteurs ont souhaité véritablement qu'une personne normalement constituée sur le plan intellectuel fût capable de le comprendre³³ ».

Par ailleurs, en ce qui concerne la teneur même de la clause, le codificateur québécois a choisi de protéger l'adhérent contre les clauses abusives, c'est-à-dire celles qui créent un trop grand déséquilibre entre les parties, au détriment, bien sûr, de l'adhérent³⁴. La sanction ici est soit la réduction de l'obligation « déséquilibrée » ou « déséquilibrante », soit l'annulation de la clause en question³⁵. Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994, la doctrine et les tribunaux ont largement commenté l'article 1437 C.c.Q. et étudié la notion de clause abusive³⁶. Il ressort de l'étude de la jurisprudence que les deux types de clauses qui présentent les plus grands dangers en fait d'abus sont les clauses pénales et les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Sur ce chapitre, comme nous le verrons plus loin, certaines clauses de droit international privé ne sont pas en reste.

1.3 La protection de l'adhérent

Le droit n'interdit ni même ne sanctionne le contrat d'adhésion en tant que tel. Il n'empêche pas non plus des parties très inégales sur le plan de l'expérience, de la puissance économique ou autre de contracter ensemble.

32. Art. 1436 C.c.Q. À noter que, aux termes de l'article 1436, le codificateur rend nulle la clause externe, sans condition, alors que, en ce qui a trait à la clause incompréhensible ou illisible, elle est, selon l'article 1437, nulle seulement dans la mesure où elle crée un préjudice à l'adhérent.

33. J. PINEAU, *loc. cit.*, note 31, 97.

34. Pour Marcel Fontaine, les contrats d'adhésion constituent « un terrain fertile pour les clauses abusives » : Marcel FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Rapport de synthèse », dans Jacques GHESTIN et Marcel FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 615, à la page 631.

35. Art. 1437 C.c.Q. : « La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. »

36. Voir notamment : Gérard DUGRÉ et Stefan MARTIN, « Les contrats nommés », dans Paul-André COMEAU et Hubert REID, *Le nouveau Code civil du Québec : un bilan*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 53 ; Adrian POPOVICI, « Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion », (1992) *Meredith Mem. Lect.* 137 ; Pierre-Gabriel JOBIN, « Les clauses abusives », (1996) 75 *R. du B. can.* 503 ; B. MOORE, *loc. cit.*, note 4 ; Sylvette GUILLEMARD, « Les clauses abusives et leurs sanctions : la quadrature du cercle », (1999) 59 *R. du B.* 369.

Il se réserve cependant un droit de regard particulièrement attentif envers ces unions déséquilibrées, entre un fort et un faible ou un vulnérable³⁷.

Dans certains ordres juridiques, le droit assure l'adhérent de sa protection à une double condition : il faut qu'il soit à la fois consommateur et adhérent. Autrement dit, le consommateur qui aurait discuté de la clause litigieuse, sans même réussir à faire valoir son point de vue, ne serait pas protégé contre l'abus éventuel, pas plus que ne le serait le non-consommateur adhérent.

Il n'y a qu'à prendre connaissance du droit européen, par exemple, pour y trouver le double critère que nous venons de signaler. Le titre même de la Directive européenne de 1993 est éloquent à cet égard : *Directive [...] concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*³⁸. Comme nous le verrons plus loin, le texte communautaire impose expressément un lien entre adhésion et consommation.

Puisqu'une directive énonce l'objectif minimal que les États doivent atteindre dans la matière couverte par le texte de Bruxelles—principe expressément énoncé à l'article 6 de la Directive européenne sur les clauses

37. Nous ne comptons pas, dans la présente étude, nous lancer dans le débat sur deux notions proches mais différentes, soit la faiblesse et la vulnérabilité. Nous nous contenterons des quelques remarques suivantes. Il est difficile de parler de faiblesse ou de vulnérabilité de l'adhérent dans l'absolu. À l'origine, il n'est pas forcément plus faible ni plus vulnérable que son vis-à-vis. Nous pensons que c'est sa position même d'adhérent, une fois le contrat conclu, qui le rend faible ou vulnérable. Pour d'autres, c'est la faiblesse initiale de l'une des parties qui mène à la conclusion du contrat d'adhésion. En effet, la plupart du temps, le contrat d'adhésion est « une conséquence de l'inégalité des parties » : Jacques GHESTIN et Isabelle MARCHESSEAU-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens », dans J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *op. cit.*, note 34, p. 1, à la page 10. D'ailleurs, selon certains, « [p]ersonne ne proclame plus aujourd'hui que les parties à un contrat donné entrent en relation en parfaite égalité » : A. BÉLANGER et G. TABI TABI, *loc. cit.*, note 5, 437. Les mêmes auteurs voient le contrat, en général, comme (p. 461) « un fait social découlant d'une relation généralement inégalitaire ». Comme nous l'avons déjà suggéré, c'est vraisemblablement parce que l'une des parties domine l'autre qu'elle peut imposer sa volonté et ses exigences au moment de la formation du contrat. Il se peut cependant que l'imposition de clauses par l'une des parties soit le résultat d'échanges nombreux de propositions, contre-propositions, comme ceux que déclenchent les *battles of forms* et où, pour reprendre un langage martial, les partenaires sont, à la base, à peu près à armes égales. Une fois le contrat conclu, l'une des parties se trouve liée à des clauses qu'elle n'a pas discutées, qui lui ont été imposées. Dans ce cas, le contrat d'adhésion risque de mettre l'une des parties, celles dont les conditions générales régissent le contrat, en position de supériorité.

38. CE, *Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, [1993] J.O. L 095, [En ligne], [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:FR:HTML] (1^{er} février 2008).

abusives, par exemple—certains États de l'Union européenne auraient pu choisir d'offrir une protection plus large en fait de sujets de droit visés. Toutefois, il n'en a pas été ainsi, les États qui n'avaient pas auparavant de protection particulière, jurisprudentielle ou législative, envers les clauses abusives, que le contrat soit de consommation ou non, ayant limité la protection contre les clauses abusives à l'adhérent consommateur. En Angleterre, la transposition de cette directive a mené au remplacement de l'*Unfair Contract Terms Act* de 1977 par l'*Unfair Contract Terms Regulations* de 1994. Le nouveau texte, reprenant mot à mot la Directive européenne, limite la protection contre les clauses abusives aux seuls consommateurs. La loi de 1977, même si elle régissait des catégories bien précises et circonscrites de clauses pouvant présenter un caractère *unfair*, ne limitait pas son champ d'application à une qualité particulière de contractant. En somme, le droit anglais préférerait s'intéresser aux clauses plutôt qu'aux personnes visées. La transposition de la Directive européenne a donc mené, dans cet ordre juridique, à un rétrécissement de la protection.

En France, c'est depuis une trentaine d'années que seuls les consommateurs sont protégés contre les clauses abusives³⁹. La transposition de la Directive européenne en 1995 n'a fait que renforcer le principe. D'ailleurs, ici aussi les termes parlent d'eux-mêmes, les dispositions contre les clauses abusives se trouvant maintenant dans le *Code de la consommation*.

La réticence de certains à faire bénéficier le professionnel d'une protection équivalente à celle du consommateur est bien connue: «il n'est pas nécessaire d'être un praticien averti pour deviner qu'entre professionnels, ni le juge, ni le Droit, ne sont nécessairement conviés pour trancher les conflits que suscitent les clauses abusives⁴⁰». Les arguments sont légion. En particulier, le professionnel n'a jamais la faiblesse du simple individu, n'a jamais l'ignorance du profane. Même si son vis-à-vis est plus expérimenté que lui, le professionnel n'est en aucun cas «aussi désarmé que le simple consommateur⁴¹». Quelques-uns, comme Denis Mazeaud abordant la question des contrats d'adhésion, sont d'un avis contraire:

[On] comprendrait mal pourquoi les professionnels qui réussiraient à démontrer leur incompétence à propos du contrat conclu, leur situation de dépendance au jour de la conclusion du contrat et l'absence de tout pouvoir de négociation procédant

39. Loi n° 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, J.O. 11 janv. 1978, p. 301.

40. D. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 13, 33.

41. Jean CALAIS-AULOY et Frank STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 13.

de ce rapport de force inégalitaire, ne pourraient pas se prévaloir des dispositions protectrices et bienfaitrices du droit de la consommation⁴².

Alors que Denis Mazeaud se place ici sur le terrain subjectif, Marcel Fontaine en vient à une conclusion à peu près semblable en fondant son raisonnement sur le plan objectif : « L'on présume que celui qui contracte pour son usage privé est moins compétent que son partenaire, ou qu'il se trouve dans un état d'infériorité économique. Pareille situation est sans doute fréquente, mais elle est loin d'être générale⁴³. »

Finalement, on peut se demander, tout en évitant la discussion sur la qualité de consommateur, pourquoi les professionnels adhérents ne pourraient faire l'objet d'une protection et, en poussant plus avant le raisonnement, pourquoi tout adhérent ne pourrait être protégé contre les dangers mentionnés plus haut. Nous n'avons pas encore trouvé ni lu d'argument convaincant à cet égard... Nous souscrivons totalement aux propos du professeur Collart Dutilleul, selon qui « toute faiblesse d'un contractant dans son rapport à l'autre mérite la considération du droit, et pas seulement celle du consommateur, du locataire d'habitation, de l'assuré ou du salarié. À quand un arrêt de cassation rendu au seul visa du principe d'égalité, en l'occurrence des contractants⁴⁴? »

D'ailleurs, le codificateur québécois a précisément adopté le parti de protéger tout adhérent, quelle que soit sa qualité, aux articles 1435 à 1437 C.c.Q. qui dissocient clairement adhérent et consommateur, les trois dispositions parlant d'un « contrat de consommation ou d'adhésion⁴⁵ ».

Les *Principes du droit européen du contrat* comportent un article dont la teneur est très proche du droit québécois puisqu'il concerne les clauses abusives « qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle⁴⁶ ». Contrairement à la Directive européenne, la protection en vertu

42. Denis MAZEAUD, « L'attraction du droit de la consommation », texte présenté lors du colloque « Droit du marché et droit commun des obligations. L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations », Perpignan, 24 et 25 octobre 1997, (1998) 1 *Rev. trim. dr. com.* 95, 105.

43. M. FONTAINE, *loc. cit.*, note 34, 620.

44. F. COLLART DUTILLEUL, *loc. cit.*, note 21, 240.

45. L'avant-projet de code civil de 1978 prévoyait une protection encore plus large contre les abus en ne tenant compte ni de la qualité des contractants ni du mode de formation du contrat : « La clause abusive d'un contrat est annulable ou réductible » (art. 76).

46. COMMISSION DU DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS, *Principes du droit européen des contrats*, 1998, art. 4:110, [En ligne], [webh01.ua.ac.be/storme/PECL2fr4.html] (17 janvier 2008).

des Principes concerne tout adhérent et « n'est pas limité[e] aux clauses employées à l'encontre des consommateurs⁴⁷ ». Pourquoi un tel choix ?

[D]e nombreux droits [des États membres] avaient développé un contrôle judiciaire des clauses abusives, qui n'était pas limité aux contrats passés avec les consommateurs et qui continue en grande partie à s'appliquer. D'autre part, de nombreux États ont une législation sur les clauses abusives, particulièrement celles qui figurent dans les conditions générales, qui s'applique même quand aucune des parties n'est un consommateur⁴⁸.

En effet, certains pays, notamment l'Allemagne, le Portugal et Israël, « ont continué à s'intéresser aux types de clauses et de contrats dans lesquels l'adhérent ne dispose pas de toute sa liberté de contracter, et ainsi légiféré par secteur, par catégories de contrats et de clauses⁴⁹ ».

Il serait réellement souhaitable que les législateurs nationaux qui l'ont conservé jusqu'ici abandonnent ce lien entre adhésion et consommation. L'observation montre que cette rupture correspondrait à la réalité contractuelle, le nombre de contrats d'adhésion étant supérieur à celui des contrats de consommation⁵⁰, et qu'elle aplanirait bien des situations difficiles. En outre, puisque la notion même de consommateur peut être remise en question dans le cadre de relations cyberspatiales⁵¹ en raison d'une certaine confusion des genres et de l'augmentation de puissance de celui que certains appellent le « cyberconsommateur », la prise en considération du mode de conclusion du contrat permet d'assurer une protection à toutes les victimes de l'abus de leur cocontractant, ce qui ne devrait pas laisser le droit indifférent.

Dans le cas de contrats transnationaux, actuellement, ce n'est que si les règles de droit international privé du for mènent, par l'intermédiaire de rattachements objectifs ou subjectifs, à l'application du droit québécois ou des quelques lois au même effet que les adhérents peuvent avoir une chance d'éviter l'application de clauses abusives. L'adoption de principes identiques par d'autres ordres juridiques assurerait une protection plus large contre les abus.

47. Georges ROUHETTE et autres (dir.), *Principes du droit européen du contrat*, Paris, Société de législation comparée, 2003, p. 230.

48. *Ibid.* Sont visés par ces deux situations l'Allemagne, les Pays-Bas, le Luxembourg, la Belgique, le Portugal et l'Autriche.

49. C. CAMBIER, *op. cit.*, note 11, p. 5. D'après cette auteure, les pays scandinaves font partie de ceux qui associent consommateur et adhérent.

50. En effet, aux contrats de consommation, à peu près tous d'adhésion, s'ajoutent bon nombre de contrats entre professionnels conclus selon ce mode, et ce, tant dans le monde traditionnel que dans l'espace numérique.

51. Cette remise en question a déjà été suggérée par Sylvette GUILLEMARD, « Le "cyberconsommateur" est mort, vive l'adhérent », (2004) 1 *J.D.I.* 7.

2 Les clauses de droit international privé et les clauses prohibées

Afin de vérifier si les clauses de droit international privé, clauses de rattachement juridictionnel et clauses de rattachement normatif, peuvent éventuellement être qualifiées de clauses abusives, il convient de rappeler en quoi consiste l'abus de façon générale.

Le *Code civil du Québec*, selon les dires du ministre de la Justice, en fournit un exemple à l'article 1437 : « est abusive toute clause qui désavantage l'adhérent ou le consommateur d'une manière excessive et déraisonnable, contrairement aux exigences de la bonne foi ; [est] abusive à titre d'exemple, toute clause qui déroge à ce point aux obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant [habituellement] le contrat, qu'elle dénature celui-ci⁵² ». En réalité, il s'agit plus d'un critère permettant d'évaluer le caractère abusif de la clause que d'une illustration en tant que telle.

La Directive européenne sur le sujet indique en des termes comparables qu'une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle « est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat⁵³ ». Le texte européen comporte en annexe une liste non limitative de clauses risquant de comporter ou d'engendrer des abus. Nous avons mentionné précédemment que les Principes européens comportent une définition des clauses abusives, calquée sur celle donnée par la Directive européenne.

Ces différents textes exigent, plus ou moins expressément, que l'abus, le déséquilibre, ne porte pas sur des clauses essentielles du contrat, en particulier sur le prix. Les clauses relatives au droit international privé ne sont pas considérées comme « essentielles ». Par ailleurs, comme le souligne Philippe Stoffel-Munck, le déséquilibre peut être soit économique,

52. *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice et Loi sur l'application de la réforme du Code civil du Québec (extraits)*, Montréal, Publications DAFCO, 1993, p. 479.

53. CE, *Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, précitée, note 38, art. 3 (1). À vrai dire, nous préférons la formulation employée par le codificateur québécois. En effet, faire intervenir dans la balance les droits et les obligations des parties afin de les comparer les uns aux autres soulève des difficultés. « Évaluer, même approximativement, l'équilibre entre deux choses suppose qu'existe au moins entre ces objets un étalon de comparaison. Autrement dit, l'existence d'une unité commune de mesure est indispensable : on compare ainsi des kilos avec des kilos, des mètres avec des mètres, etc... Concernant les droits et obligations des parties, on ne voit pas qu'existe d'autre étalon de mesure que la monnaie » : Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat : Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 340.

soit juridique. Dans ce cas-ci, la clause confère un droit à une partie, non à l'autre, alors que, dans la première situation envisagée, l'une des parties risque de devoir faire face à des dépenses sans commune mesure avec celles qui sont supportées par son vis-à-vis.

On peut également considérer le déséquilibre sous un autre angle et faire la différence, à l'instar d'un auteur français, entre clauses au « contenu obligationnel » et clauses qui peuvent être qualifiées de « non obligationnelles », distinction que nous avons déjà eu l'occasion de souligner. Les clauses de droit international privé, ne créant pas « entre les parties de rapports de créancier à débiteur⁵⁴ », s'inscrivent dans cette dernière catégorie. Alors que les premières risquent de poser des problèmes d'« équilibre en valeur », les secondes mettent éventuellement en jeu l'« équilibre en pouvoirs⁵⁵ ». En effet, il est possible que des clauses non obligationnelles « aménagent des pouvoirs exorbitants au profit d'un contractant⁵⁶ ». L'abus serait alors plus un « abus de pouvoir » qu'un « abus de droit à proprement parler⁵⁷ ». D'ailleurs, « les contrats d'adhésion [...] traduisent le pouvoir unilatéral d'un contractant⁵⁸ ».

2.1 La clause de rattachement normatif dans le contrat d'adhésion

L'étude de la jurisprudence québécoise depuis l'introduction des dispositions de droit international privé dans le Code civil n'indique pas que la clause d'élection de droit soit objet de litige. Toutefois, il en va de ce type de clause comme des autres : rien ne s'oppose, en théorie, à ce qu'elle puisse être considérée, dans certaines situations, comme une clause externe ou une clause incompréhensible.

En ce qui concerne l'autre danger, il faut signaler que l'annexe de la Directive européenne sur les clauses abusives ne mentionne pas expressément à ce titre la clause d'élection de droit. Cependant, la possibilité n'est peut-être pas totalement exclue puisque la liste est purement indicative. En droit québécois, il revient au juge de déterminer, au cas par cas, ce qui constitue ou non un abus. Donc, ici encore, en théorie, une clause de rattachement normatif pourrait être abusive.

Ensuite, il faut se demander en quoi consiste l'abus dans la désignation d'une loi. En d'autres termes, en quoi l'application d'une norme

54. F. COLLART DUTILLEUL, *loc. cit.*, note 21, 231.

55. *Id.*, 234.

56. *Ibid.*

57. *Ibid.*

58. *Ibid.* Pour cet auteur (p. 241), « l'abus de pouvoir [est une] notion qui reste largement à construire ».

désavantagerait-elle l'un des contractants « d'une manière excessive et déraisonnable », pour reprendre les termes de l'article 1437 C.c.Q.⁵⁹? Vraisemblablement en n'assurant pas une protection appropriée de l'une des parties ou en lui imposant des devoirs plus lourds.

Il est difficile sur ce chapitre d'envisager des scénarios précis, les possibilités étant infinies. Ce sera à l'adhérent de faire la preuve devant le magistrat que l'application de la loi désignée par la clause crée un tel déséquilibre en sa défaveur. Bien que toutes les lois n'aient évidemment pas la même teneur, il y a tout lieu de croire que rares seront les cas de succès pour un adhérent « ordinaire ». Bien sûr, si l'adhérent est consommateur, la situation sera différente puisque plusieurs ordres juridiques contiennent des dispositions protectrices particulières à son endroit. Si la loi désignée par la clause ne lui assure pas cette protection, soit il y aura lieu de conclure que la désignation le désavantage, soit des mécanismes conçus précisément pour le consommateur, comme ceux prévus à l'article 3117 C.c.Q. et à l'article 5 de la *Convention de Rome*, en Europe⁶⁰, corrigeront la situation.

2.2 La clause de rattachement juridictionnel dans le contrat d'adhésion

2.2.1 Les clauses externes et les clauses abusives

Le principe universel en droit des contrats permet aux parties de procéder à une élection de for au bénéfice de la juridiction de leur choix⁶¹ et, dans une certaine mesure, de prévoir le recours à l'arbitrage. La validité et l'utilité de telles clauses ne sont plus à démontrer. Tout en diminuant les

59. Bien sûr, ici, ce n'est pas la clause en elle-même qui crée un déséquilibre entre les obligations des parties, mais c'est son application qui risque d'en défavoriser une.

60. Art. 3117 C.c.Q. : « Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue. » L'article 5 de la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Rome, le 19 juin 1980 en est l'équivalent. D'ailleurs, celui-ci a servi de modèle à celui-là. Sur l'élection de droit et le consommateur, voir S. GUILLEMARD, *op. cit.*, note 6, p. 105 et suiv.

61. Voir notamment l'article 3148 (4) et *in fine*, ainsi que l'article 3168 (5) C.c.Q. et l'article 23 du *Règlement (CE) 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, [2001] J.O. L 12/1, p. 8, [En ligne], [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:FR:PDF] (17 janvier 2008). La plupart des propos qui suivent sont valables autant pour la clause d'élection de for que pour la clause compromissoire ou clause d'arbitrage. Nous ne ferons la distinction que si cela est nécessaire.

possibilités de *forum shopping*, elles permettent, entre autres, de prévenir « les hésitations, les contestations, les fausses manœuvres et les mauvaises surprises⁶² ».

Comme toute autre clause, la clause en question peut n'avoir pas fait l'objet d'une discussion préalable entre les parties parce qu'elle aura été insérée dans un contrat d'adhésion ou parce qu'elle n'aura pas été discutée individuellement.

Les tribunaux québécois ont eu l'occasion de qualifier une clause d'arbitrage de clause externe. Dans l'affaire *Chassé c. L'Union canadienne*⁶³, les dispositions générales d'un contrat d'assurance intervenu entre les parties contenaient une clause d'arbitrage. Le demandeur ayant saisi les tribunaux québécois, la défenderesse a présenté une requête pour renvoyer les parties à l'arbitrage. La preuve a révélé que la clause d'arbitrage était contenue dans la « formule standard des propriétaires » qui n'avait pas été transmise au demandeur. En revanche, celui-ci avait bien reçu la « formule abrégée des propriétaires » dont un paragraphe prévoyait la remise de l'autre formule. Par conséquent, selon la Cour supérieure, la clause d'arbitrage était une clause externe. Comme le contrat d'assurance était un contrat d'adhésion, il y a eu lieu d'appliquer la règle contenue dans l'article 1435 C.c.Q. et de ne pas considérer le recours à l'arbitrage : « cette clause est nulle en vertu des dispositions de l'article 1435 du Code civil du Québec puisque la preuve révèle qu'elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du demandeur et que rien ne démontre qu'il en avait par ailleurs connaissance⁶⁴ ».

Nous avons indiqué plus haut que, dans l'affaire *Dell*, la Cour d'appel du Québec avait qualifié une clause compromissaire accessible par le biais d'un lien hypertexte de « clause externe par référence⁶⁵ ». Rappelons cependant que les juges de la Cour suprême ont estimé cette clause opposable à l'adhérent. La jurisprudence de la Cour suprême semble s'inspirer de la doctrine québécoise, notamment de l'opinion de B. Moore :

En France, est opposable, une clause contenue dans un document externe, à laquelle le contrat réfère de façon claire et lisible et dont copie est remise à l'adhérent ou lui est facilement accessible [...] Nous sommes d'avis que cette solution devrait être celle retenue par les tribunaux. Un contrat référant à une

62. François JACQUOT et Barbara WEITZEL, « Le règlement des litiges », dans Éric LABBÉ et autres (dir.), *Le guide juridique du commerçant électronique*, 2001, p. 204, à la page 228, [En ligne], [www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap11.pdf] (24 janvier 2008).

63. *Chassé c. L'Union canadienne*, [1999] J.Q. n° 6483 (QL) (C.S.).

64. *Id.*, par. 28.

65. *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, précitée, note 24, par. 33.

clause externe devrait être opposable si ce document lui est remis ou s'il lui est facilement accessible⁶⁶.

Il faut relever que la doctrine québécoise est hésitante et peine à trouver une position claire en la matière, que l'on se réfère à Adrian Popovici, qui estime que « la connaissance de l'adhérent devrait s'évaluer *in abstracto*, c'est-à-dire que le stipulant devra prouver qu'il a pris tous les moyens pour que l'adhérent prenne connaissance de la clause et non pas prouver la connaissance effective de la clause par l'adhérent⁶⁷ », ou encore à Clive Gingras qui, mentionnant notamment les contrats numériques, considère que « [t]he controller of a web site does not need to show a court that a viewer understood such a notice, or even that it was read; the controller must, however, show that he took reasonable steps to bring it to the plaintiff's notice⁶⁸ ». Bien qu'elles puissent sembler plus pertinentes, ces affirmations sont insuffisantes, car il faut encore déterminer en quoi consistent concrètement les dispositions que doit prendre le stipulant. Pour Brigitte Lefebvre, « [d]ans les contrats d'adhésion, le renvoi exprès à une clause externe n'est pas suffisant. Il faut de plus que le stipulant porte cette clause externe à la connaissance de l'adhérent au moment de la formation du contrat⁶⁹. »

Nous ne pouvons, finalement, nous retenir de nous interroger sur cette position de l'instance suprême qui se démarque de la systématisation effectuée dans d'autres ordres juridiques en matière de clauses externes par référence.

Il faut souligner que l'article II (2) de la *Convention de New York* se borne à rendre obligatoires les clauses compromissoires « insérée[s] dans un contrat⁷⁰ », sans plus. La *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* est à son tour plutôt vague sur cette question⁷¹. Son article 7, al. 2 dispose seulement que « [la] référence dans un contrat

66. B. MOORE, *loc. cit.*, note 4, 212-213.

67. A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 36, 141, cité par Brigitte LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 *R. du N.* 439, 474.

68. Clive GINGRAS, *The Laws of the Internet*, Londres, Butterworths, 1997, p. 89, cité par Nicolas W. VERMEYS, « Chronique – La validité des clauses d'exonération de responsabilité sur Internet », (2005) *Repères* (DCL).

69. B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 67, 474.

70. *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958 [ci-après citée: « *Convention de New York* »]; CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, [En ligne], [www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_f.pdf] (5 février 2008).

71. COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI), *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. off. CNUDCI,

à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.»

La doctrine internationale opère une distinction entre le renvoi global ou implicite et le renvoi explicite desdites clauses⁷². Dans le premier cas, où le document principal ne renvoie qu'à un document de référence⁷³, la connaissance de la clause d'arbitrage par l'adhérent est sujette à caution et sa validité est difficilement soutenable. Toutefois, elle n'est pas automatiquement écartée. La doctrine a trouvé une règle logique : cette validité ne doit pas être appréciée *in abstracto*, mais en fonction des éléments en présence, «en particulier de la connaissance que les parties avaient ou devaient avoir du contenu du document de référence et, par conséquent, de la clause compromissoire⁷⁴». Ce courant partagé par la doctrine et la jurisprudence⁷⁵ met l'accent sur la connaissance de l'existence de la clause d'arbitrage à la lecture du contrat principal.

À l'opposé du renvoi implicite, le renvoi explicite qui « mentionne expressément l'existence de la clause elle-même ou d'un arbitrage est généralement jugé suffisant par la jurisprudence des divers pays européens⁷⁶ ». En Suisse, par exemple, la *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé* ne comporte pas de disposition spécifique sur les formes de la clause arbitrale par référence. Cependant, la comparaison de la jurisprudence de ce pays révèle que, même si des nuances doivent être apportées selon les circonstances, il est une constance : pour être opposable, la clause arbitrale par référence doit être connue de la partie qui adhère. La jurisprudence suisse a admis largement le renvoi global aux conditions du contrat contenant une clause d'arbitrage, mais cette admission dépendait des cas d'espèce, notamment l'expérience des parties. Ainsi, dans une affaire de 1984, ce renvoi a été admis parce que les parties rompues aux usages du transport et du commerce des hydrocarbures connaissaient le contenu de la clause séparée⁷⁷.

18^e sess., annexe I, Doc. NU A/40/17 (1985), [En ligne], [www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-f.pdf] (1^{er} février 2008).

72. Voir notamment Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 290, à la page 297.

73. Voir Jean-François POUURET et Sébastien BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 176.

74. *Id.*, p. 176-177.

75. Voir *id.*, p. 176.

76. *Ibid.*

77. *Tradax Export SA v. Amoco Iran Oil Comp.*, ATF 110 II 54, Trib. fédéral suisse, 7 février 1984, [1986] Y.C.A. 532, Switz 8, cité par J.-F. POUURET et S. BESSON, *op. cit.*, note 73, p. 179. Comme le relèvent ces auteurs, il s'agissait dans cette affaire d'un arrêt

En droit français, la disposition relative aux clauses externes est trop laconique pour être décisive en elle-même⁷⁸ et la jurisprudence a dû préciser leur régime. Dans le premier arrêt *Bomar Oil* de la Cour de cassation, rendu le 11 octobre 1989, les juges ont estimé que la clause arbitrale par référence n'est valable que si l'existence de cette clause a été expressément mentionnée ou s'il existe entre les parties des relations d'affaires habituelles en assurant une parfaite connaissance⁷⁹. Bien que cet arrêt ait été critiqué, il introduisait déjà la nécessité de la connaissance par les deux parties de la clause au moment du contrat. Une parfaite connaissance de la clause compromissaire peut suppléer au défaut de référence explicite, l'essentiel étant que les deux parties aient admis le renvoi en connaissance de cause. Cette exigence de connaissance est confirmée dans le second arrêt *Bomar Oil*, dans lequel la Cour de cassation a formulé une règle matérielle d'interprétation qui implique globalement que la connaissance et l'acceptation seules suffisent pour que la clause soit déclarée opposable :

[En] matière d'arbitrage international, la clause compromissaire par référence écrite à un document qui la contient, par exemple des conditions générales ou un contrat-type, est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat⁸⁰.

Le droit français pose donc lui aussi l'exigence de la connaissance de l'existence de la clause d'arbitrage au moment du contrat. Il est moins procédural que matériel, en mettant l'accent sur le consensualisme : il faut que la référence contenue dans le document original soit acceptée au moment de la conclusion du contrat et non la clause d'arbitrage. Cette acceptation est d'ailleurs présumée. Dans l'arrêt *Prodexport I*, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel du 28 mars 1995, lequel avait invalidé la convention d'arbitrage, entre autres motifs, parce qu'« aucune référence à une quelconque clause d'arbitrage ou à l'application d'un précédent contrat ne figure dans les lettres de crédit qui font la loi des parties⁸¹ ». Il ressort

d'espèce ; l'année suivante, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si un renvoi global suffisait à rendre opposable la clause compromissaire selon l'article II de la *Convention de New York* : *Tracom SA v. Sudan Oil Seeds Co Ltd*, ATF 111 Ib 253 c. 6, [1987] Y.B.C.A. 511, Switz 14.

78. L'article 1443 du *Nouveau Code de procédure civile* français dispose seulement que la clause compromissaire « doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère ».

79. Cass. civ. 1^{re}, 11 oct. 1989, *Société Bomar Oil NV c. E.T.A.P.*, [1990] *Rev. Arb.* 134, cité dans J.-F. POUDRET et S. BESSON, *op. cit.*, note 73, p. 178.

80. *Id.*, p. 183.

81. Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1997, [1998] 3 *Rev. arb.* 538, note Xavier BOUCOBZA.

de cette décision que le contrat original doit être accepté s'il comporte une référence au document qui contient la clause compromissoire sans mention explicite de l'existence de ladite clause. Dans l'arrêt *Prodexport II*, la Cour de cassation a décidé qu'une société professionnelle du négoce commercial agroalimentaire, qui admet avoir reçu la lettre de confirmation d'un courtier et avoir accepté les conditions particulières qui y sont énumérées, ne peut remettre en cause les conditions générales du contrat et la clause compromissoire qui y sont incorporées par référence expresse, une fois le litige né et alors qu'elle les a acceptées sans condition, d'autant plus que le renvoi aux règles d'arbitrage de la GAFTA est usuel dans cette branche du commerce international⁸².

Le droit italien est plus strict. En effet, l'article 833 al. 2 du *Code de procédure civile* de ce pays fait reposer la validité de la convention contenue dans les clauses séparées sur la connaissance de la clause compromissoire qui y est contenue.

Le cumul des positions de ces morceaux choisis rend évidente l'exigence faite au stipulant de faire connaître l'existence de la convention d'arbitrage à l'adhérent et il semble que mention doit en être faite immédiatement dans le contrat principal. Dans le cas d'espèce, en respectant cette règle, pour déterminer si la clause d'arbitrage était opposable à l'adhérent, il importait de se demander en premier lieu si cette clause était mentionnée dans le contrat de vente principal, avant de se demander ensuite si, par l'hyperlien y donnant accès, elle était effectivement accessible.

De manière plus générale, les clauses soit en faveur d'un tribunal judiciaire, soit en faveur d'un tribunal arbitral peuvent-elles être abusives ? Il y a presque une cinquantaine d'années, la Conférence de La Haye avait entrevu cette possibilité. L'article 4 de la *Convention sur les accords d'élection de for* du 25 novembre 1965 invalidait l'accord entre les parties sur ce sujet « s'il [avait] été obtenu par un abus de puissance économique ou autres moyens déloyaux⁸³ ».

Actuellement, à en croire la liste contenue dans la Directive européenne, une réponse affirmative s'impose certainement puisque s'y trouvent décrites, parmi les clauses pouvant constituer un abus, celles qui ont « pour objet ou pour effet [...] de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions

82. Cass. civ. 1^{re}, 20 déc. 2000, [2003] 4 *Rev. arb.* 1341-1353, note Cécile LEGROS.

83. CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Convention sur les accords d'élection de for*, 25 novembre 1965, [En ligne], [www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.pdf&cid=77] (31 janvier 2008).

en justice ou des voies de recours par le consommateur⁸⁴». La Cour de justice européenne a eu à interpréter la notion de clause abusive à propos d'une clause de rattachement juridictionnel dans le cas d'un litige interne opposant une société espagnole à des consommateurs espagnols⁸⁵. Les contrats intervenus entre les vendeurs d'une encyclopédie et les consommateurs comportaient une clause d'élection de for en faveur des tribunaux de Barcelone, lieu du siège social du vendeur, mais où aucun des consommateurs n'avait son domicile.

Évaluant le déséquilibre provoqué par la clause entre les cocontractants, la Cour de justice européenne a estimé que l'obligation ainsi faite au consommateur de se présenter devant un tribunal «qui peut être éloigné de son domicile⁸⁶» était lourde et pouvait entraîner des conséquences financières pénibles. La clause attribuant compétence aux tribunaux du siège social du vendeur rend en revanche la comparution de celui-ci «moins onéreuse⁸⁷». Le déséquilibre est patent et la lourdeur de l'obligation qui repose sur le consommateur pourrait même avoir un effet dissuasif tel qu'il décide de renoncer à toute poursuite ou à toute défense surtout lorsque le litige porte sur des sommes peu importantes⁸⁸. Par conséquent, l'effet produit par la clause est bien celui décrit à l'annexe de la Directive européenne.

A fortiori, dans des circonstances comparables, une conclusion identique s'impose lorsque le litige est transnational, les distances pouvant être encore plus importantes. Au-delà des considérations pratiques, un argument juridique peut révéler le caractère abusif de la clause : il est connu que, en raison du mécanisme du droit international privé, de l'autorité saisie dépend la loi applicable au fond du litige. On peut donc supposer que, dans certains cas, le choix du tribunal imposé par l'adhérent répond à ses besoins, plus qu'à ceux de son cocontractant, en matière de droit substantiel.

84. CE, *Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, précitée, note 38, annexe, par. q).

85. C.J.E., *Océano Grupo Editorial SA*, aff. jointes C-240/98 à C-244/98, 27 juin 2000, COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Jurisprudence*, [En ligne], [curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=fr] (1^{er} février 2008).

86. *Id.*, par. 22.

87. *Id.*, par. 23.

88. Dans les années 70, G. Berlioz, *op. cit.*, note 16, p. 73-74, parlant des «*clauses attributives de juridiction* [...] extrêmement fréquentes dans les contrats d'adhésion», faisait la même remarque : «En forçant l'adhérent à se déplacer à un tribunal éloigné pour un litige portant sur des sommes relativement peu importantes elles aboutissent souvent à priver l'adhérent de tout recours judiciaire.»

Au Canada, les tribunaux ont dû rappeler que le seul fait que le contrat ou la clause n'a pas été négocié ne suffit pas en soi à conférer à la clause de rattachement juridictionnel un caractère abusif. Ainsi, dans l'affaire *Kanitz c. Rogers Cable Inc.*⁸⁹, un tribunal ontarien a estimé que, malgré une inégalité dans le pouvoir de négociation respectif des parties en cause, le seul fait d'insérer une clause d'arbitrage dans le contrat entre l'entreprise Rogers et ses clients (contrat à la fois d'adhésion et de consommation) ne suffisait pas, en soi, à démontrer que la première avait été avantagée au détriment des seconds.

Au Québec, dans l'affaire *HSBC Bank Canada c. Mike Nytschyk*⁹⁰, la Cour supérieure a rejeté une action intentée par la banque, en considérant que la dernière partie de la clause d'élection de for en cause était abusive et exorbitante. En effet, par celle-ci, la banque s'était réservé le choix unilatéral de poursuivre la caution devant les tribunaux de n'importe quelle province canadienne ou de n'importe quel pays au monde. La juge Courteau a été on ne peut plus claire à ce sujet :

Il serait facile pour une institution financière aussi prestigieuse et financièrement solide de poursuivre ses débiteurs de l'autre côté de la planète pour éviter qu'ils puissent se défendre ou pour leur imposer des coûts excessifs pour le faire. Une interprétation en ce sens dénaturerait la bonne administration de la justice, faisant en sorte que des débiteurs pourraient être privés de contester des procédures judiciaires alors qu'ils ont accepté de se soumettre à une juridiction bien identifiée lors de la signature de leur cautionnement⁹¹.

S'appuyant ensuite à la fois sur la théorie de clauses abusives et sur la règle d'interprétation *contra proferentem*, la juge a déclaré la clause d'élection de for « non avenue et non applicable⁹² » à la caution.

En 2006, la Cour d'appel du Québec a rendu jugement dans un dossier où le client d'une banque, Duchesneau, poursuivait cette dernière pour pertes et dommages devant un tribunal québécois en dépit de la stipulation contractuelle suivante :

All legal relations between the client and the Bank are governed by Bahamian Law. The client hereby agrees to submit to the jurisdiction of the Bahamian courts, the place of jurisdiction being Nassau, but such submission shall not be construed so as to limit the Bank's right to commence proceedings in the courts of any other country, including the client's domicile, in which case also the Bahamian law shall be applicable⁹³.

89. *Kanitz v. Rogers Cable Inc.*, [2002] O.J. n° 665 (QL) (C.S.).

90. *HSBC Bank Canada c. Nytschyk*, [2002] J.Q. n° 23 (QL) (C.S.).

91. *Id.*, par. 17.

92. *Id.*, par. 18.

93. *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau*, [2006] J.Q. n° 4351, 2006 QCCA 652 (QL) (C.A.), par. 33.

Comme l'a conclu la Cour d'appel, « [l]a clause d'élection de for dont les parties sont convenues est asymétrique quant au lieu d'introduction de l'action, en ce que l'adhérent convient de soumettre tout litige à la juridiction des cours des Bahamas, alors que l'institution financière n'est pas limitée à ce seul forum juridictionnel⁹⁴ ». En d'autres termes, contrairement au client, la banque, elle, avait, un peu comme dans l'affaire *Nytschyk*, un choix total quant au for.

En première instance, la banque, s'appuyant sur la clause de droit international privé, a soulevé une exception déclinatoire devant le tribunal québécois. Le client de la banque y a répondu en invoquant le caractère abusif de la clause et la Cour supérieure lui a donné raison. Après avoir exclu la qualification de contrat de consommation, la juge Richer a estimé ceci : « les clauses compromissaires [*sic*] ci-devant décrites font cependant partie d'un contrat d'adhésion, conformément à l'article 1379 C.c.Q.⁹⁵ ». La Cour supérieure a considéré ensuite la clause en elle-même et lui a attribué la qualité de clause externe :

La clause d'élection de for est contenue dans un formulaire préparé par la Banque, dans le cadre d'une nouvelle ouverture de compte de banque. Le Tribunal est d'avis qu'il s'agit d'une clause essentielle rédigée par la Banque et insérée dans un formulaire sans que rien n'attire particulièrement l'attention du client sur cette clause. Lorsqu'un client ouvre un nouveau compte de banque, à la suggestion du représentant d'une institution financière qui lui est recommandée, il n'a pas de raison de soupçonner qu'on lui impose, par une simple phrase écrite en petit caractère, une clause d'élection de for, ayant pour conséquence de lui imposer les lois et tribunaux de Nassau (Bahamas) en cas de conflit sur le contrat qui s'établit entre les parties⁹⁶.

Au surplus, selon les termes de la juge Richer, la clause était « imparfaite et abusive⁹⁷ ». Comme si ce n'était pas assez, le tribunal l'estimait en outre excessive. Bref, il y avait de nombreux motifs pour en prononcer la nullité sur le fondement de l'article 1437 C.c.Q.

La Cour d'appel, pour des raisons que nous allons examiner ci-dessous, a renversé la décision de première instance. Par la plume du juge Dufresne, elle a répondu aux arguments des parties sur le caractère abusif de la clause d'élection de for. Elle a annoncé, de prime abord, son opinion : « il aurait

94. *Id.*, par. 68.

95. *Duchesneau c. Duplessis*, [2005] J.Q. n° 3094 (QL) (C.S.), par. 30. Normalement, l'expression « clause compromissaire » est réservée pour désigner la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage et non à des tribunaux étatiques.

96. *Id.*, par. 33.

97. *Id.*, par. 34.

fallu conclure, de toute manière, que la clause en litige n'est pas abusive⁹⁸». La Cour d'appel a qualifié la question du caractère abusif d'une clause de «question mixte de fait et de droit⁹⁹» et, constatant l'erreur du tribunal de première instance sur cette question, l'a estimée «manifeste et dominante», critère qui, selon la Cour suprême du Canada, lui permettait de se prononcer¹⁰⁰.

Reprenant les propos de la juge Rousseau-Houle dans un arrêt rendu en 1999¹⁰¹, le juge Dufresne a rappelé ce qui suit : «la qualification est fonction de l'objet et de la portée de la clause prise dans le contexte du contrat lui-même¹⁰²». Dans le même esprit, Philippe Stoffel-Munck, pour sa part, estime ceci :

Il existe deux manières de proscrire une clause abusive. La qualification peut être abstraite et générale, et vise alors à extraire du champ de la liberté contractuelle la clause jugée trop excessive pour jamais être juste [...] Mais la qualification peut aussi se faire concrète et relative, ne plus raisonner à partir de "modèles de convention" mais sur la convention particulière à l'occasion de laquelle le litige s'est noué¹⁰³.

Autrement dit, ou bien telle catégorie ou tel type de clause sera systématiquement considéré comme abusive. C'est le cas envisagé, par exemple, par la liste de clauses contenue dans l'annexe de la Directive européenne ; c'était également la situation considérée dans la première *Convention de La Haye sur les accords d'élection de for*¹⁰⁴ par l'entremise de son article 4, déjà mentionné, qui permettait de ne pas donner effet à une clause si elle résultait d'un «abus de puissance économique». Ou bien une clause, en soi, n'est pas *a priori* répréhensible, mais risque de le devenir «au regard de

98. *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau*, précitée, note 93, par. 63. Pour la Cour d'appel, la clause n'est pas une clause externe.

99. *Id.*, par. 65. Sur ce chapitre, il est intéressant de noter que, pour la Cour de cassation française, il s'agit d'une question de droit uniquement. Voir, à ce sujet, Philippe GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, thèse de doctorat en droit, Paris, Université de Paris X - Nanterre, 2000, par. 161, [En ligne], [www.glose.org] (5 février 2007).

100. Voir *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235.

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

102. *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau*, précitée, note 93, par. 66.

103. P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note 53, p. 375.

104. *Convention sur les accords d'élection de for*, précitée, note 83. Ce texte non entré en vigueur a servi d'inspiration au codificateur québécois.

l'équilibre particulier d'un contrat particulier¹⁰⁵». Cette dernière hypothèse va exactement dans le sens des propos de la juge Rousseau-Houle.

La Cour d'appel s'est livrée alors à un examen minutieux des conséquences pratiques de la clause d'élection de for dans le cas précis qui lui était soumis. Certes, elle était « asymétrique¹⁰⁶ », l'obligation faite au client de poursuivre éventuellement devant les tribunaux des Bahamas, domicile de la personne morale qu'est la banque, n'étant pas lourde, ou du moins déraisonnable, dans la mesure où le compte bancaire s'y trouve et qu'en outre la loi choisie pour régir les litiges est celle des Bahamas. À cet argument de la Cour d'appel, nous pouvons ajouter qu'en effet il n'y a là rien d'injuste en soi ni même de surprenant puisque la saisine du tribunal du domicile du défendeur est, ne l'oublions pas, la règle « naturelle ». En somme, le client ne souffrait pas de cette désignation contractuelle lui imposant de saisir le tribunal du défendeur¹⁰⁷. Souffrait-il en comparaison de son cocontractant ? Du côté de la banque, la stipulation lui donnait le choix. Les modalités du contrat lui laissaient même un choix illimité. Il faut penser qu'en réalité cette latitude peut s'expliquer par la variété du lieu d'origine de ses clients. La formulation de la clause d'élection de for lui permettait ainsi de saisir les tribunaux du domicile du client avec qui elle avait un dossier litigieux : « Qu'une institution financière veuille se réserver le droit de poursuivre son client dans la juridiction du domicile de ce dernier, ce qui est susceptible de faciliter ou d'accélérer l'exécution d'un jugement en sa faveur, et non seulement là où les parties font affaire, est compréhensible¹⁰⁸. » Il faut se garder d'oublier, à notre avis, les circonstances plus larges dans lesquelles intervient ce genre de contrat. Il s'agit de l'ouverture de comptes bancaires dans des lieux réputés pour être des paradis fiscaux. Il est tout à fait possible que les clients qui ouvrent de tels

105. P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note 53, p. 381. À cet égard, clause d'élection de for et clause compromissoire peuvent présenter plusieurs similitudes en fait d'abus, l'abus fondamental, à notre avis, consistant à priver l'une des parties d'un recours à la justice, étatique ou privée, ou du moins à le lui rendre très difficile. Viennent ensuite des considérations plus pointues, liées de près à la procédure même, surtout dans le cas de l'arbitrage, notamment le siège de l'arbitrage (comparable donc au lieu du for désigné), la répartition des frais et la langue employée. Contrairement aux cas généralement envisagés dans notre étude, l'abus portera alors sur certaines composantes ou certains termes de la clause plus que sur la convention elle-même.

106. *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau*, précitée, note 93, par. 68. Voir *supra*, note 94.

107. D'ailleurs, dans ce dossier, les faits démontrent que le client de la banque n'hésite pas à se rendre aux Bahamas lorsque cela est nécessaire à ses affaires. Voir *Duchesneau c. Duplessis*, précitée, note 95, par. 11.

108. *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau*, précitée, note 93, par. 77.

comptes possèdent plusieurs résidences. Il serait peut-être intéressant pour l'institution bancaire de pouvoir les poursuivre soit à leur domicile, soit au lieu de l'une de leurs résidences, toujours dans l'optique de l'exécution forcée suggérée par la Cour d'appel. Si tel est l'objet d'une stipulation en apparence si large, pour éviter toute contestation, il serait plus judicieux de prévoir que le stipulant peut poursuivre soit devant le tribunal du domicile ou de la résidence du défendeur (une fois encore, il ne s'agirait que du principe naturel et de l'une de ses variantes), soit devant le tribunal de son propre domicile. C'est surtout cette dernière branche de l'alternative qui justifie la clause puisqu'elle décrit la seule situation qui déroge aux principes habituels.

Telle qu'elle était rédigée en l'espèce, même si son objet était vraisemblablement acceptable, la fin de la clause était trop vague ou plus exactement trop généreuse envers la banque : « À la limite, seul le dernier membre de la clause d'élection de for du contrat d'ouverture de compte prévoyant le choix du Tribunal pourrait être jugé invalide, si le client avait été poursuivi ailleurs qu'aux Bahamas ou que devant le Tribunal de son domicile, ce qui n'aurait pas pour autant affecté la validité du reste de la clause¹⁰⁹. » De toute façon, en l'espèce, quand bien même une partie de la clause aurait été abusive, ce n'était certainement pas celle qui concernait le recours du client contre la banque. Seule la mise en œuvre de la possibilité pour la banque-stipulante de poursuivre le client-adhérent n'importe où dans le monde aurait permis de qualifier la disposition d'abusives dans la mesure où cela aurait pu être préjudiciable pour le client¹¹⁰. Or, en l'occurrence, ce n'était pas le client-adhérent qui était poursuivi mais bien plutôt lui qui poursuivait, contrairement à ce qui se passait dans l'affaire *Nytschyk*. Il lui était donc difficile d'invoquer un abus qui ne le touchait pas, et c'est à bon droit que la Cour d'appel a conclu que, « [s]i l'examen du caractère abusif de la clause d'élection de for avait relevé de la compétence du Tribunal québécois et avait été soumis à la loi québécoise, ce qui n'est pas le cas, le

109. *Id.*, par. 78.

110. Si « l'abus existe virtuellement dès l'origine du contrat » (S. GUILLEMARD, *loc. cit.*, note 36, 383), le juge « doit apprécier l'ensemble des circonstances au moment où la clause est mise en œuvre. C'est à ce moment qu'il doit évaluer le préjudice réel [...] Et c'est en s'en tenant à ce moment aussi qu'il doit décider si le montant réclamé ou le bénéfice retiré de la clause est excessif et déraisonnable » : François HÉLEINE, « Le droit des obligations. Une double préoccupation des tribunaux : contrôler les comportements, s'adapter au droit nouveau », dans Paul-André COMEAU et Hubert REID (dir.), *Le nouveau Code civil du Québec : un bilan*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 27, à la page 38.

pourvoi aurait aussi été accueilli et l'exception déclinatoire soulevée par l'appelante en ce qui la concerne l'aurait été tout autant¹¹¹».

En revanche, nous ne saurions être d'accord avec le plus haut tribunal québécois en ce qui a trait à sa conclusion sur sa compétence «pour examiner la validité d'une clause d'élection de for contenue dans un contrat d'adhésion¹¹²». Cette question fait l'objet des développements suivants¹¹³.

2.2.2 La compétence du tribunal saisi

La question de savoir si le tribunal saisi est compétent pour se prononcer sur l'abus, à la fois essentielle et complexe, reçoit diverses réponses. Le problème se pose dans les termes suivants : en raison de la liberté contractuelle, les parties peuvent désigner l'autorité compétente à trancher leur litige. Le droit québécois, par exemple, admet la validité de la clause, qu'elle soit attributive de compétence en faveur des tribunaux québécois ou dérogatoire, au profit d'une autorité étrangère¹¹⁴. Le principe est identique en droit européen, par l'effet de l'article 23 du *Règlement européen concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale*¹¹⁵, et la récente *Convention de La Haye de droit international privé* en fait la promotion¹¹⁶. Par conséquent, dans les ordres juridiques qui admettent les clauses d'élection de for, le tribunal ainsi désigné est compétent¹¹⁷. D'autre part, une clause abusive

111. *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau*, précitée, note 93, par. 82.

112. *Id.*, par. 40.

113. Dans la présente étude, nous laissons de côté la question de la compétence du tribunal arbitral à se prononcer sur sa propre compétence – sujet largement abordé par la doctrine – et celle de l'examen de la compétence de l'arbitre par le tribunal étatique en cas de clause de rattachement juridictionnel abusive. Ce sujet, assez complexe, mérite à lui seul une étude complète, et il serait dommage, faute de place, de se contenter d'un survol. Sur ce thème, le lecteur pourra lire avec profit l'arrêt *Dell* de la Cour suprême (*Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, précitée, note 26).

114. Ce sont respectivement les articles 3148 et 3168 C.c.Q.

115. CE, *Règlement (CE) 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, précité, note 61.

116. CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Convention sur les accords d'élection de for*, 30 juin 2005, [En ligne], [www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.pdf&cid=98] (1^{er} février 2008). Il faut rappeler que cette convention n'englobe que les ententes entre professionnels, c'est-à-dire qu'elle exclut de son champ d'application les contrats passés avec ou entre consommateurs (art. 2 (1 a)).

117. La Cour suprême du Canada a considéré que la compétence fondée sur la liberté contractuelle devait l'emporter sur toute autre considération, notamment sur le principe de la réunion des débats. Voir *GreCon Dimter Inc. c. J.R. Normand Inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401.

est par exemple, selon les ordres juridiques, nulle, annulable, réputée non écrite. Si la compétence du tribunal est fondée sur une clause d'élection de for abusive, la nullité de la clause devrait donc entraîner l'incompétence de l'autorité qu'elle désigne. Dans ces circonstances, la question est la suivante : comment une autorité incompétente peut-elle se prononcer ? En particulier, comment déterminer la loi applicable à la clause, celle qui éventuellement qualifiera le contrat puis permettra de statuer sur l'abus et, par conséquent, sur la nullité ? Cette question-ci se pose puisque c'est l'autorité saisie de la question qui, appliquant ses règles de droit international privé, détermine cette norme. Or, si l'autorité n'est pas compétente, elle ne peut se prononcer sur un quelconque rattachement normatif¹¹⁸.

Nous présenterons ci-dessous le raisonnement en fonction du tribunal saisi, soit celui qui est désigné dans la clause, ou en fonction d'un autre tribunal.

2.2.2.1 Le tribunal saisi n'est pas le tribunal désigné

Dans cette situation, le demandeur saisit le tribunal en dépit de la clause qu'il prétendra abusive.

Il y a une dizaine d'années, la Cour supérieure du Québec a dû se prononcer sur cette question¹¹⁹. La défenderesse contestait la compétence du tribunal québécois, saisi par la demanderesse, parce que les parties avaient inclus à leur contrat une clause donnant compétence aux tribunaux ontariens. Celle-ci était, de l'avis de la demanderesse, contenue dans un contrat d'adhésion et « excessive, unreasonable and/or manifestly in bad faith ». Alors que la demanderesse lui demandait d'invalider la clause, le juge Guthrie, qui accueillait la requête en irrecevabilité fondée sur l'incompétence du tribunal québécois, a estimé que procéder ainsi consisterait à sauter une étape préalable :

[Le tribunal] ne peut, avant d'avoir jugé de sa compétence, étudier le fond du litige et rendre jugement sur un des aspects au mérite de l'affaire. La demanderesse demande à la Cour supérieure de déclarer la clause [...] nulle avant même que cette Cour n'ait déterminé si elle était compétente pour ce faire. Suivre le raisonnement de la demanderesse conduit à un non-sens. Si la clause [...] a pour effet d'enlever à la Cour supérieure compétence sur la matière du litige, elle ne peut certes pas, à ce stade-ci, se prononcer sur le fond du litige et déclarer nulle certaines clauses de

118. La question que nous nous posons n'est pas celle qui porte sur le pouvoir ou non du tribunal de remettre en question sa compétence *proprio motu*. Ici, il s'agit de déterminer *comment* le tribunal va évaluer sa propre compétence, quel est son pouvoir en la matière.

119. 2736349 Canada Inc. c. Rogers Cantel Inc., [1998] A.Q. n° 1376 (QL) (C.S.).

la convention. La Cour supérieure se prononcera sur le fond du litige seulement si elle conclut qu'elle a compétence sur la matière dont elle est saisie¹²⁰.

La Cour d'appel, aux prises avec le même type de problème dans l'affaire *Duchesneau*, que nous avons abordée plus haut, a proposé un autre raisonnement. Même si la liberté est l'un des fondements des relations contractuelles et qu'elle doit imposer le respect *a priori*¹²¹, « [l]a seule présence d'une clause d'élection d'un for étranger ne suffit pas, sans autre examen, à décliner juridiction, lorsque la partie à qui on veut l'opposer en conteste l'opposabilité ou la validité¹²² ». Autrement dit, le tribunal, dans ces circonstances, devra prendre en considération d'autres éléments que la clause en elle-même. La Cour d'appel a mentionné alors la qualification du contrat à l'occasion duquel a été stipulée la clause, mais, pour elle, l'examen ou la qualification ne doit pas déborder le cadre du droit international privé : « Il faut nécessairement qualifier la nature du contrat qui contient cette clause d'élection de for étranger pour vérifier l'existence de règles particulières de droit international privé s'appliquant au contrat en cause ou au domaine du droit¹²³. » La Cour a rappelé qu'au terme de cet exercice les effets de la clause de juridiction pourront éventuellement être anéantis, en vertu du droit international privé québécois, si le contrat est un contrat de consommation ou un contrat de travail, ainsi que dans certaines matières où la compétence des tribunaux québécois est impérative, voire exclusive¹²⁴. Puisque le droit international privé québécois ne comporte aucune disposition liée au contrat d'adhésion, l'argument fondé sur l'abus n'est pas recevable : « Le législateur n'a pas voulu, dans les règles de droit international privé, rendre inopposable aux parties une pareille clause d'élection de for parce qu'elle est d'adhésion¹²⁵. » Suivant le raisonnement du juge Dufresne, c'est vers le droit substantiel qu'il faudrait se tourner afin d'évaluer l'éventuel abus. Or, dans le présent dossier, les parties ayant également inclus une clause d'élection de droit en faveur

120. *Id.*, par. 22. Signalons qu'en outre la clause prévoyait précisément l'application du droit ontarien.

121. La Cour d'appel reprend le point de vue exprimé par la Cour suprême dans l'arrêt *GreCon*, en particulier sur le « respect dont les cours doivent faire preuve face à l'expression de l'autonomie de la volonté des parties affirmée dans une clause compromissoire ou d'élection de for contenue dans un contrat » : *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau*, précitée, note 93, par. 38.

122. *Id.*, par. 43.

123. *Ibid.*

124. Art. 3151-3154 C.c.Q.

125. *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau*, précitée, note 93, par. 49.

d'un droit étranger, il n'y avait pas lieu d'appliquer le droit québécois et son article 1437 C.c.Q.

En somme, suivant cette logique, une clause d'élection de for ne pourrait pratiquement jamais être jugée abusive par le tribunal saisi mais non désigné, et ce, en raison d'un obstacle conflictualiste plutôt que pour des raisons substantielles. Cette défaillance criante dans la protection de l'adhérent nécessite incontestablement des remèdes ! Nous nous proposons d'en suggérer quelques-uns plus loin.

Très récemment, la Cour d'appel du Québec a abordé l'examen de la validité d'une clause d'élection de for¹²⁶. Exposons l'affaire, car la démarche de l'examen de la validité initiale de la clause s'apparente à celle dont nous traitons. En l'espèce, la clause en faveur d'un tribunal du Connecticut était contestée non pas à cause de son caractère abusif mais en raison d'un vice de consentement. Elle était contenue dans une entente de règlement à l'amiable : « Les appelants plaignent que la clause d'élection de for est invalide, vu l'absence de consentement de leur part. Ils soutiennent ne pas avoir autorisé leurs avocats américains à accepter [cette entente] en leur nom¹²⁷. »

Se fondant sur l'arrêt *GreCon*¹²⁸, la Cour a rappelé la valeur incontestable du principe de la liberté contractuelle permettant aux parties d'attribuer conventionnellement compétence au tribunal de leur choix. Elle a conclu : « Bien que sa validité puisse être attaquée par les appelants, la clause doit être tenue pour valide jusqu'à jugement contraire par le Tribunal du for¹²⁹ », autrement dit par le tribunal désigné dans la clause.

En raison des dispositions contenues dans le Code civil depuis 1994, il nous semble que le juge québécois, saisi en dépit d'une clause attribuant compétence à un tribunal étranger, devrait accepter l'argument du défendeur qui soulève le moyen déclinatoire, fondé sur l'article 3148 C.c.Q. *in fine* : « Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre. »

Selon nous, dans l'état actuel du droit québécois, finalement, lorsque le tribunal saisi n'est pas celui désigné par la clause, en raison de son

126. *NotiPLEX Sécurité incendie Inc. c. Honeywell International Inc.*, [2007] J.Q. n° 904, 2007 QCCA 163 (QL) (C.A.).

127. *Id.*, par. 19.

128. *GreCon Dimter Inc. c. J.R. Normand Inc.*, précitée, note 117.

129. *NotiPLEX Sécurité incendie Inc. c. Honeywell International Inc.*, précitée, note 126, par. 26.

incompétence apparente, il doit se dessaisir ou surseoir à la décision sans se prononcer plus avant sur la validité de la clause. Comme l'a dit la Cour d'appel, il reviendra au tribunal désigné de se prononcer, si cela est nécessaire, sur cette validité¹³⁰. Et nous allons voir que cette tâche est nettement plus complexe.

2.2.2.2 Le tribunal saisi est le tribunal désigné

Dans ce cas de figure, le défendeur contestera la compétence du tribunal désigné en invoquant le caractère abusif de la clause. Le tribunal devra en premier lieu vérifier sa compétence, qui semble lui revenir *prima facie* en vertu des termes contractuels. Ensuite, pour répondre à l'argument fondé sur l'abus, il devra vérifier la loi applicable. Ainsi, s'il s'agit du droit québécois, le défendeur invoquera l'article 1437 C.c.Q. Bien sûr, si le juge écarte le caractère abusif, il n'y a pas de problème. Le résultat sera évidemment identique si la loi applicable ne prévoit aucune protection pour l'adhérent. En revanche, supposons qu'à l'examen des faits le juge estime que la clause n'a pas fait l'objet d'une négociation, qu'elle a été imposée par le demandeur et qu'elle constitue un abus pour le défendeur en raison, par exemple, de l'éloignement pour lui du tribunal québécois. Il serait donc tenu de déclarer la clause nulle et de prononcer ainsi sa propre incompétence... après avoir repoussé l'argument déclinatoire¹³¹.

Les solutions apportées aux deux types de situations ne semblent pas réellement satisfaisantes. Si, dans le second cas, le raisonnement est indiscutablement circulaire, dans le premier, il risque d'engendrer d'autres difficultés. Quoi qu'il en soit, dans les deux cas, nous croyons que le juge saisi, qu'il soit désigné ou non dans la clause, doit pouvoir se prononcer sur la validité de celle-ci. Pour prendre l'exemple du juge québécois, même s'il

130. Lorsque le tribunal saisi n'est pas le tribunal désigné, il faut qu'il sursoie à la décision afin que, si le tribunal désigné invalide la clause pour cause d'abus, il puisse alors éventuellement exercer sa compétence. Voir dans ce sens, en Europe, la conclusion de la Cour de justice des communautés européennes, fondée sur l'argument de l'avocat général, dans l'affaire C.J.E., *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA c. Hugo Trumpy SpA*, C-159/97, 16 mars 1997, COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Jurisprudence*, [En ligne], [curia.eu.int/common/recdoc/indexaz/fr/c2.htm] (5 février 2008). *Conclusions de l'avocat général*, 22 décembre 1998, [En ligne], [curia.eu.int/juris/cgi-bin/gettext.pl?lang=fr&num=80019077C19970159&doc=T&ouvert=T&seance=CONCL&where=(txtdoc=CONTAINS='extranÈitÈ')#Footnote1] (1^{er} février 2008).

131. L'illustration suppose qu'il ne pourra fonder sa compétence sur aucun autre chef de rattachement juridictionnel. Nous avons mené une recherche jurisprudentielle poussée, englobant les cinq dernières années, et n'y avons trouvé aucune cause où la compétence de l'autorité québécoise désignée dans une clause d'élection de for a été remise en question.

ne peut d'office appliquer les règles contenues dans le *Code civil du Québec* en matière de clauses abusives tant que, d'une part, il n'a pas déterminé sa propre compétence ni, d'autre part, statué sur la loi applicable au litige¹³², il est cependant obligé de vérifier la validité de la convention intervenue entre les parties puisque c'est de cette validité que dépend sa compétence. En d'autres termes, le juge saisi se doit de vérifier le consentement des parties sur la clause d'élection de for. Or la question du consentement dans le cas d'un contrat d'adhésion mérite examen.

Une telle solution reflète d'ailleurs la position de la Cour suprême dans le dossier *GreCon*. Bien que le débat n'ait pas porté sur la validité de la clause d'élection de for ni sur sa qualité, le juge LeBel prend soin de mentionner que, en présence d'une clause attribuant compétence à une autorité étrangère, le tribunal québécois devra décliner compétence et respecter le choix des contractants si les conditions suivantes sont respectées : « La clause doit avoir un caractère impératif et conférer une compétence exclusive de manière claire et précise à l'autorité étrangère [...] *Il doit aussi y avoir rencontre des volontés de part et d'autre à défaut de quoi la clause est invalide*¹³³ ».

2.2.3 Des pistes de solution

2.2.3.1 La solution conventionnelle

L'adhésion du Canada à la Convention de La Haye adoptée récemment sur le sujet réglerait-elle le problème ? En premier lieu, rappelons que ce texte ne concerne que les relations entre professionnels, ce qui n'a rien de surprenant, car, à l'heure actuelle, c'est dans le contexte de ces relations que la question de la validité et de l'efficacité de la clause d'élection de for se pose principalement. En droit québécois, l'argument n'est pas fatal, puisque le Code civil, dans ses dispositions de droit international privé, offre au consommateur un moyen de ne pas faire jouer la clause d'élection de for qui le désavantage, sans même évoquer sa position d'adhérent ni le caractère abusif de la clause. L'article 3149 C.c.Q. dispose que l'on ne peut opposer au consommateur sa renonciation à la compétence du tribunal québécois. Les dispositions du texte de La Haye compléteraient ainsi le droit québécois.

132. Signalons que, dans la présente affaire, la clause 15.08 du contrat portait à la fois sur la compétence du tribunal ontarien et l'application du droit ontarien.

133. *GreCon Dimter Inc. c. J.R. Normand Inc.*, précitée, note 117, par. 27; l'italique est de nous.

Examinons attentivement la Convention de La Haye afin de vérifier quelle protection elle offrirait à l'adhérent non consommateur. Comme le fait remarquer Catherine Kessedjian, aux termes de ce texte, « tant le tribunal élu que le tribunal saisi autre que le tribunal élu [...] ont le droit d'apprécier l'éventuelle nullité de l'accord d'élection de for¹³⁴ ». Cependant, ajoute-t-elle, « les tribunaux saisis d'un litige, alors qu'un accord d'élection de for existe mais est contesté sur le fondement d'un vice de consentement, auront le droit d'en prononcer la nullité si cette sanction est celle prévue par le droit applicable à l'accord d'élection de for¹³⁵ ». L'affirmation vaut, nous semble-t-il, pour la sanction en cas d'abus.

L'article 3 d) de la Convention de La Haye peut paraître intéressant pour nos propos. En effet, il énonce l'autonomie de la clause d'élection de for, principe que les juristes versés dans le droit de l'arbitrage connaissent bien : « [U]n accord exclusif d'élection de for faisant partie d'un contrat est considéré comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de l'accord exclusif de for ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable¹³⁶. » Le document préliminaire en date de décembre 2004 explique à cet égard que

[La] validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif de l'invalidité du contrat. La validité de l'accord d'élection de for doit être déterminée de manière distincte, selon les critères établis par la Convention. Il est donc possible pour le tribunal élu de juger que le contrat n'est pas valable sans priver de sa validité l'accord d'élection de for. En revanche, bien entendu, il est également possible que le motif d'invalidité du contrat s'applique également à l'accord d'élection de for : tout dépend des circonstances [notes omises]¹³⁷.

Quels sont les critères établis par la Convention de La Haye pour évaluer la validité de l'accord ? Celui qui nous concerne est indiqué à l'article 5 (1) : « Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf *si celui-ci est nul selon le droit de cet État*¹³⁸. » Catherine Kessedjian déplore ce choix. Si le texte conventionnel se penche sur l'autonomie matérielle, « l'autonomie juridique, elle[,]

134. CATHERINE KESSEDJIAN, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », (2006) 3 *J.D.I.* 813, 828, par. 28.

135. *Ibid.*

136. CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *op. cit.*, note 116.

137. CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Avant-projet de convention sur les accords exclusifs d'élection de for – Rapport explicatif*, document préliminaire n° 26, par Masato DOGAUCHI et Trevor C. HARTLEY, décembre 2004, par. 81, [En ligne], [www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd26f.pdf] (1^{er} février 2008).

138. CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *op. cit.*, note 116 ; l'italique est de nous.

est complètement ignorée de la Convention [...] En effet, l'autonomie juridique permet d'abstraire la validité de la clause de toute application d'une loi nationale au profit d'une règle matérielle du droit de la procédure internationale. Cette règle matérielle n'était pourtant pas très difficile à créer¹³⁹».

Donc, pour reprendre la distinction que nous avons utilisée plus haut, «[s]i le tribunal saisi est le tribunal élu, il appliquera son propre droit¹⁴⁰» pour évaluer la validité de la clause. En suivant ce raisonnement, il se pourrait alors que le tribunal québécois saisi et élu estime la clause annulable en vertu de l'article 1437 C.c.Q.

Malheureusement, la situation est nettement plus compliquée qu'il n'y paraît à première lecture. Lorsque l'article 5 (1) fait référence au droit de l'État du tribunal désigné, selon les dires des rapporteurs, il ne s'agit pas que du droit interne. Ils font remarquer que, si tel avait été le cas, «le texte aurait utilisé l'expression "droit interne de [cet] État"¹⁴¹». Par conséquent, comme la Convention de La Haye laisse libre cours à l'application éventuelle du renvoi qui, rappelons-le, est interdit en droit québécois depuis 1994 en vertu de l'article 3080 C.c.Q., «si le tribunal élu considère que le droit d'un autre État devrait être appliqué selon ses règles de droit international privé, il appliquera ce droit¹⁴²».

Par ailleurs, si le tribunal saisi n'est pas le tribunal élu, c'est, là aussi, en fonction du droit du tribunal désigné, du tribunal élu, qu'il devra apprécier la validité de la clause d'élection de for. Autrement dit, «[e]n vertu de la Convention, on demande donc au tribunal saisi de se prononcer au regard du droit du tribunal élu, comme si le tribunal saisi [...] était le mieux placé pour appliquer le droit du tribunal élu¹⁴³».

Dans cette dernière hypothèse, Catherine Kessedjian aurait préféré un autre mécanisme : «N'aurait-il pas été préférable de demander au tribunal saisi de surseoir à statuer en attendant que le tribunal élu se soit prononcé sur la validité de l'accord qui le désigne? Ne convenait-il pas de donner une priorité au tribunal élu et une compétence exclusive pour se prononcer sur la validité de l'accord qui le désigne¹⁴⁴?»

139. C. KESSEDJIAN, *loc. cit.*, note 134, 830, par. 35.

140. *Id.*, 831, par. 36.

141. CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *op. cit.*, note 137, à la note 90.

142. *Id.*, par. 92.

143. C. KESSEDJIAN, *loc. cit.*, note 134, 829, par. 31.

144. *Ibid.*

Peut-être une autre solution aurait-elle été de laisser au tribunal saisi, qu'il soit le tribunal désigné ou non, le soin de statuer sur la validité de la clause en fonction de son propre droit. Et uniquement de son droit interne.

D'ailleurs, sur le chapitre des obligations du tribunal non élu, et de son évaluation de la clause d'élection de for, celui-ci devra ou pourra utiliser, selon les cas, soit le droit étranger, celui du tribunal désigné, comme nous venons de le voir, soit le sien propre, et ce, afin de vérifier si « donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi¹⁴⁵ ». Si tout le monde connaît la seconde condition—comme le dit Catherine Kessedjian, « [l'] exception d'ordre public ne pose guère de difficulté tant elle est habituelle en droit international privé¹⁴⁶ » –, il en va tout autrement de la première. À quoi correspond l'expression « injustice manifeste » ? Alors que l'avant-dernière version du texte comportait l'expression « injustice très grave », les rapporteurs l'expliquaient ainsi. Il s'agit de « la situation où l'une des parties ne bénéficierait pas d'un procès équitable dans l'État étranger, peut-être pour une raison telle que la partialité ou la corruption [...] Elle pourrait également viser les circonstances de la conclusion de l'accord—par exemple, s'il résulte d'une fraude¹⁴⁷. » Pour sa part, Catherine Kessedjian regrette que « [l'] abus de puissance économique de la part d'une des parties à l'accord¹⁴⁸ » ne fasse plus partie des motifs de rejet de la clause prévus par la dernière version du texte, et nous pensons, comme elle, qu'il est possible « qu'un tribunal décide [...] de considérer qu'une telle hypothèse doit être incluse dans l'exception de l'article 6 c) de la Convention de 2005¹⁴⁹ ».

On comprend finalement que « la nouvelle Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for est loin d'être entièrement satisfaisante¹⁵⁰ ». À défaut de la ratifier, le législateur québécois pourrait peut-être

145. CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *op. cit.*, note 116, art. 6 c). Le manque d'unité terminologique de l'article 6 s'explique difficilement. Alors que cet article décrit les « obligations du tribunal non élu », le début du texte parle de « [t]out tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu » puis l'exception prévue au paragraphe c), faisant toujours référence au même tribunal, en parle comme du « tribunal saisi » !

146. C. KESSEDJIAN, *loc. cit.*, note 134, 834, par. 43.

147. CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *op. cit.*, note 137, par. 127. Pour une critique de l'article 6 c), voir C. KESSEDJIAN, *loc. cit.*, note 134, 834, par. 43. Un problème supplémentaire, à nos yeux, est de déterminer quel droit statuera sur l'« injustice ».

148. C. KESSEDJIAN, *loc. cit.*, note 134, 834, par. 43.

149. *Ibid.*

150. *Id.*, 850, par. 82.

s'en inspirer, ne serait-ce que pour adopter de nouveaux articles à insérer dans le livre X du Code civil.

2.2.3.2 La solution législative

Pour éviter toutes ces difficultés, qui risquent d'aller en augmentant, ne conviendrait-il pas de suggérer au codificateur québécois d'adopter une nouvelle disposition de droit international privé, prévoyant que l'autorité saisie, qu'il s'agisse de l'autorité désignée ou non, est compétente pour se prononcer sur la clause de rattachement juridictionnel? Bien que, d'après nous, cela ne soit pas réellement nécessaire en raison du principe fondamental en vertu duquel un tribunal est toujours compétent, soit spontanément, soit à la demande d'une partie selon la nature de la compétence en question, pour se prononcer sur sa compétence, cela ne sera pas inutile.

Cette suggestion n'est pas sans rappeler le principe bien connu en arbitrage, celui de la «compétence-compétence» en vertu duquel, quoi qu'il arrive, l'arbitre est compétent pour se prononcer sur sa propre compétence. Au Québec, le principe est prévu expressément dans le *Code de procédure civile*: «Les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence¹⁵¹.»

En outre, nous pourrions suggérer au législateur québécois d'adopter une nouvelle règle de «conflit de lois» portant sur la loi applicable à la validité de la clause d'élection de for. Elle pourrait s'inspirer de la disposition applicable en matière de loi applicable à la clause d'arbitrage, prévu dans l'article 3121 C.c.Q. et se lire ainsi: «En l'absence de désignation par les parties, la convention d'arbitrage est régie par la loi applicable au contrat principal.»

Une autre option, que nous privilégions en raison de sa simplicité, serait de prévoir que la clause d'élection de for est régie par le droit (interne) du tribunal saisi. Cela s'inscrirait dans la logique bien connue selon laquelle la procédure est régie par la loi du tribunal saisi¹⁵². Il ne s'agit pas ici de discuter, comme le fait Philippe Guez, de la nature de la clause d'élection de for. Cet auteur expose que, pour certains, «les accords d'élection de for «constitueraient des actes de procédure¹⁵³», alors que lui-même penche nettement, du moins au regard du droit français, pour une qualification contractuelle. À notre avis, la nature de la clause est incontestablement

151. Art. 943 C.p.c. Sur le plan international, la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, précitée, note 71, art. 16, al. 1 est très claire: «Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage.»

152. Voir, par exemple, en droit québécois, l'article 3132 C.c.Q.

153. Voir P. GUEZ, *op. cit.*, note 99, par. i).

conventionnelle, mais — ou même si — son objet est purement procédural. C'est d'ailleurs en ce sens que nous faisons le parallèle avec la règle régissant la procédure.

2.2.3.3 La solution prétorienne

Dans l'état actuel du droit québécois, nous pourrions aussi inciter les tribunaux québécois à suivre la remarque faite par la Cour d'appel dans l'affaire *Duchesneau*, mais également à poursuivre le raisonnement plus avant. Au nom de cette cour, le juge Dufresne écrit : « Les dispositions du Code civil en matière de contrat de consommation et de contrat d'adhésion sont d'ordre public de protection puisqu'elles visent à rétablir une certaine équité contractuelle¹⁵⁴. » Voyons maintenant l'article 3076 C.c.Q. : « Les règles du présent livre s'appliquent sous réserve des règles de droit en vigueur au Québec dont l'application s'impose en raison de leur but particulier¹⁵⁵. » De là à donner préséance à l'article 1437 C.c.Q. afin que le juge québécois saisi puisse écarter une clause d'élection de for abusive, il n'y a qu'un pas. Pourtant, le juge Dufresne ne l'a pas franchi. Pourquoi ? Parce que, pour la Cour d'appel, seules les règles d'ordre public de *direction* sont visées par l'article 3076 C.c.Q., bien qu'il se trouve « d'autres cas d'exception¹⁵⁶ ».

Or, en l'espèce, les parties avaient porté leur choix sur l'application d'un droit étranger repoussant ainsi l'application du droit québécois. Par conséquent, pour la Cour, « chose certaine, les règles de droit s'appliquant au Québec en matière de contrat d'adhésion (régime d'ordre public de protection) ne peuvent être opposées à des parties qui ont expressément choisi d'exclure l'application de la loi québécoise à leur relation

154. *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau*, précitée, note 93, par. 52.

155. Nous ne partageons pas le point de vue du professeur Glenn dont les propos laissent croire que cet article ne peut s'appliquer qu'aux lois d'application nécessaire dans leur entièreté : Patrick H. GLENN, « Droit international privé », dans A. LAPRISE et D. VAUGEOIS (dir.), *op. cit.*, note 31, t. 3, p. 669, à la page 678 et suiv. Nous préférons la position de Jeffrey A. TALPIS et Jean-Gabriel CASTEL, « Le Code Civil du Québec – Interprétation des règles du droit international privé », dans A. LAPRISE et D. VAUGEOIS (dir.), *op. cit.*, note 31, t. 3, p. 801, à la page 817 : « Notons que l'article 3076 parle des règles de droit et non de lois. Cette rédaction permet de tenir compte du fait que parfois ce ne sont que certaines dispositions d'une loi qui sont d'application nécessaire. »

156. *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau*, précitée, note 93, par. 59.

contractuelle pour favoriser plutôt la loi étrangère, en l'occurrence la loi des Bahamas¹⁵⁷ ».

Il ne faudrait toutefois pas oublier qu'en l'espèce les tribunaux ont estimé que le contrat était un contrat d'adhésion. Par conséquent, l'exclusion de l'application du droit québécois au profit d'une loi étrangère n'est pas si représentative de la volonté ou du choix des deux parties. À notre avis, elle ne peut constituer un argument décisif.

De plus, nous partageons entièrement le point de vue de l'avocat Stéphane Rochette qui s'oppose à la position de la Cour d'appel :

À notre avis, il est de l'essence de l'article 1437 C.c.Q. que cette règle impérative du droit québécois des obligations ne puisse être éludée ou stérilisée au moyen d'une simple stipulation conventionnelle, puisque le contrat d'adhésion, par définition, suppose qu'une des parties les rédige ou les impose (art. 1379 C.c.Q.). Or, les articles 3111 et 3148, al. 2 C.c.Q. n'exigent nullement, pour qu'on donne effet à une clause d'élection de for étranger, que le contrat présente un quelconque élément d'extranéité. L'usage d'une telle clause par la partie en mesure de rédiger ou d'imposer les stipulations essentielles du contrat d'adhésion pourrait très vite devenir un procédé commode et répandu pour échapper à tout examen du caractère abusif de celles-ci¹⁵⁸...

Conclusion

À notre époque, le contrat d'adhésion n'est pas une espèce en voie d'extinction, loin de là. Il se multiplie, prolifère, notamment en raison des supports sur lesquels il peut s'inscrire. Ainsi, le contrat conclu par l'entremise de pages et de sites Web doit être réputé d'adhésion, puisque, en dehors du fait de cliquer ou non, aucune forme d'intervention n'est permise au client. De nos jours, le contrat d'adhésion revêt même de nouvelles formes, des formes extrêmes, comme le contrat sous emballage, par lequel l'adhérent s'engage avant même de connaître le moindre terme contractuel imposé par le stipulant. Le contrat d'adhésion, qu'il soit traditionnel ou numérique, et quel que soit le domaine contractuel envisagé, concerne, en réalité, n'importe quel type de contractant. Aussi bien le professionnel que le profane est régulièrement un adhérent. Que sa vulnérabilité soit une cause ou un effet de ce mode de conclusion du contrat, il n'en reste pas moins que l'adhérent risque d'être exposé, une fois le contrat conclu, à

157. *Ibid.* Certaines personnes ne manqueront pas de s'étonner de l'argument supplémentaire avancé par la Cour d'appel (*ibid.*): «et qui ont, de surcroît, choisi un for étranger».

158. Stéphane ROCHETTE, «Commentaire sur la décision *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau* – Le tribunal québécois doit-il examiner le caractère abusif d'une clause d'élection de for incluse dans un contrat d'adhésion?», p. 3, [En ligne], [www.tremblaybois.qc.ca/pdf.php/57/57.pdf] (1^{er} février 2008).

des dangers en raison de clauses dont l'exécution le désavantage de façon peu raisonnable.

Sur le plan international, le problème est que plusieurs ordres juridiques n'envisagent pas la protection de l'adhérent en tant que tel. Ainsi, en droit européen et en droit français, tout comme en droit espagnol, du reste, seul le consommateur adhérent jouit de la protection de la loi. La loi sur la protection du consommateur française et la Directive européenne sur les clauses abusives ne protégeront ce contractant que s'il est doublement vulnérable. Il serait souhaitable que ce lien soit rompu. D'abord, assurer la protection de l'adhérent permettrait de mettre toutes les victimes potentielles d'abus sur un pied d'égalité. Surtout dans le contexte des relations cyberspatiales où les contrats conclus par l'entremise de pages ou de sites Web ne peuvent qu'être d'adhésion, fonder une protection en fonction du mode de formation du contrat concourrait à un traitement plus équitable de tous les contractants. Par ailleurs, dans le cas de relations transnationales, la notion de consommateur n'est pas satisfaisante dans la mesure où ce dernier est vu comme un individu enraciné dans son territoire, le droit s'accommodant mal de ses déplacements. Dans la majorité des cas, dès que le consommateur sort de ses frontières nationales ou régionales, le droit lui retire l'assurance de sa protection. D'ailleurs, il n'existe pas de consommateur international, pas plus que de droit international de la consommation. Cela n'a rien de surprenant, la définition même du consommateur variant d'un ordre juridique à un autre, beaucoup plus que ne le fait celle du contrat d'adhésion.

Le principal danger guettant l'adhérent étant les clauses abusives, il serait souhaitable, à défaut d'entente internationale sur le sujet, qu'à l'instar du *Code civil du Québec*, par exemple, les droits nationaux adoptent une disposition protégeant le contractant adhérent, quelle que soit sa qualité, contre de tels abus. Actuellement, seuls bénéficient de cette protection les adhérents dont le contrat est soumis, par le jeu d'une désignation contractuelle ou par l'effet de facteurs objectifs de rattachement normatif, à un ordre juridique qui contient une règle identique à l'article 1437 C.c.Q.

Pour ce qui est des relations contractuelles transnationales, parlant de règles de rattachement, les clauses prévoyant l'autorité compétente et celles qui portent sur le droit applicable font de plus en plus souvent partie des dispositions contenues dans des contrats d'adhésion. Nous avons vu qu'elles peuvent éventuellement être qualifiées d'abusives. La jurisprudence s'est particulièrement penchée sur la question en matière de rattachement juridictionnel, clause compromissoire ou clause d'élection de for, mais principalement sur cette dernière. C'est d'ailleurs elle qui pose le plus grand défi aux magistrats lorsque vient le temps précisément d'évaluer le

caractère abusif de la disposition contractuelle leur donnant ou leur retirant compétence. Nous avons pu constater que les raisonnements proposés par les juges ne sont pas toujours satisfaisants ni efficaces.

C'est pour cette raison que nous proposons, au moins au législateur québécois, quelques solutions. L'adhésion à la *Convention de La Haye sur les accords d'élection de for*, bien que ce texte comporte un certain nombre de défauts, permettrait certainement d'aplanir plusieurs des difficultés que nous avons relevées. À défaut d'adhérer au texte international, le législateur québécois pourrait s'en inspirer pour ajouter quelques dispositions au livre X du Code civil, la première étant, à notre avis, de reconnaître expressément au juge saisi le pouvoir de statuer sur la validité de la clause d'élection de for. À cela pourrait s'ajouter un article portant sur la loi applicable à ladite clause, de préférence celle du for.

En attendant, nous avons trouvé dans le droit québécois une autre piste, déjà existante, mais que la Cour d'appel n'a pas voulu exploiter : considérer que l'article 1437 C.c.Q. est, selon les termes de l'article 3076 C.c.Q., une règle de droit dont « l'application s'impose en raison de [son] but particulier ». Ainsi, quiconque serait adhérent et soumis à une clause de rattachement juridictionnel abusive serait assuré de l'inefficacité de la clause.