

David a déjà vaincu Goliath ... L'efficacité de la protection contre les clauses abusives selon un paradigme de prévention : inspirations du droit belge

Marie Annik Grégoire and Andrée Puttemans

Volume 63, Number 3-4, March–June 2018

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1066337ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/1066337ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (print)
1920-6356 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Grégoire, M. A. & Puttemans, A. (2018). David a déjà vaincu Goliath ... L'efficacité de la protection contre les clauses abusives selon un paradigme de prévention : inspirations du droit belge. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 63(3-4), 585–619. <https://doi.org/10.7202/1066337ar>

Article abstract

With the standardization and multiplication of adhesion and consumer contracts, unfair and illegal clauses have come to abound in these contracts. Here, a brief analysis of the situation in Quebec law reveals that, despite imperative provisions found in the *Civil Code of Québec* and the *Consumer Protection Act* whose purpose is to regulate and exercise some control over these contracts, illegal or abusive clauses are increasing. A procedural inequity may possibly explain this phenomenon: the Quebec consumer is more or less left on his or her own to try to invalidate such clauses. The strategy adopted by the Quebec legislature is reactive rather than proactive, in that it forces the consumer to defend his rights in response to an attack, neglecting preventive remedies that would make it possible to fight, at the source, this type of clause. Such preventive remedies exist, however, in Europe and, in particular, in Belgium. The purpose of the present article is therefore to analyze and criticize the current situation in Québec regarding remedies made available to consumers against illegal and abusive clauses and to propose, in the light of Belgian law, a new recourse of a more general and preventive character.

DAVID A DÉJÀ VAINCU GOLIATH ...
L'EFFICACITÉ DE LA PROTECTION CONTRE LES
CLAUSES ABUSIVES SELON UN PARADIGME DE
PRÉVENTION : INSPIRATIONS DU DROIT BELGE

*Marie Annik Grégoire et Andrée Puttemans**

Avec la standardisation et la multiplication des contrats d'adhésion et de consommation, les clauses abusives et illégales pullulent dans ces contrats. Une brève analyse de la situation en droit québécois permet de constater que, malgré les dispositions impératives prévues au *Code civil du Québec* et de la *Loi sur la protection du consommateur* pour régir et exercer un certain contrôle sur ces contrats, les clauses illégales ou abusives ne cessent de se multiplier. Une iniquité processuelle peut probablement expliquer ce phénomène : le consommateur québécois est plus ou moins laissé à lui-même pour tenter de neutraliser de telles clauses. La stratégie adoptée par le législateur québécois est réactive plutôt que proactive, en ce qu'elle oblige le consommateur à défendre ses droits en réaction à une atteinte et néglige des recours préventifs qui permettraient de combattre, à la source, ce type de clause. Pourtant, de tels recours préventifs existent en Europe et notamment en Belgique. Le présent article a donc pour objectif d'analyser et de critiquer la situation actuelle au Québec quant aux recours offerts aux consommateurs à l'encontre des clauses illégales et abusives et de proposer, à la lumière du droit belge, un nouveau recours au caractère plus général et préventif.

With the standardization and multiplication of adhesion and consumer contracts, unfair and illegal clauses have come to abound in these contracts. Here, a brief analysis of the situation in Quebec law reveals that, despite imperative provisions found in the *Civil Code of Québec* and the *Consumer Protection Act* whose purpose is to regulate and exercise some control over these contracts, illegal or abusive clauses are increasing. A procedural inequity may possibly explain this phenomenon: the Quebec consumer is more or less left on his or her own to try to invalidate such clauses. The strategy adopted by the Quebec legislature is reactive rather than proactive, in that it forces the consumer to defend his rights in response to an attack, neglecting preventive remedies that would make it possible to fight, at the source, this type of clause. Such preventive remedies exist, however, in Europe and, in particular, in Belgium. The purpose of the present article is therefore to analyze and criticize the current situation in Québec regarding remedies made available to consumers against illegal and abusive clauses and to propose, in the light of Belgian law, a new recourse of a more general and preventive character.

* Marie Annik Grégoire, Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal. Andrée Puttemans, Professeure et directrice de l'Unité de droit économique, Centre de droit privé, Faculté de droit et de criminologie, Université Libre de Bruxelles. Ce texte adapte et approfondit d'une manière très importante une première étude réalisée par les auteurs et publiée en Belgique sous le titre « Libres pensées belgo-québécoises sur l'efficacité de la protection contre les clauses abusives » dans Rafaël Jafferli, Vanessa Marquette et Arnaud Nuyts, dir, *Liber amicorum Nadine Watté*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 265.

Introduction	587
I. L'état du droit québécois en matière de protection du consommateur et autres personnes contractuellement vulnérables	588
<i>A. Des contrats truffés de clauses illégales ou abusives</i>	591
<i>B. L'efficiencia du droit québécois</i>	599
II. La situation belge en matière de clauses abusives et illégales	603
Conclusion	614
Annexe	616

Introduction

En droit comparé, le système dans lequel a été formé un juriste entraîne ce dernier à moduler sa perception de l'acceptabilité des normes et surtout des recours qui peuvent être exercés, en cas de non-respect du cadre juridique établi. Ce qui peut paraître inéquitable dans un système est acceptable dans l'autre. Les recours prévus dans chaque système de droit modélisent la réceptivité sociale de la norme juridique établie. Comme l'écrit le professeur Adrian Popovici, qui dit absence de sanction judiciaire, dit absence de droit¹. Cette absence de sanction peut d'ailleurs prendre une forme virtuelle dans la mesure où elle est théoriquement offerte par la loi, mais inaccessible dans les faits pour certaines personnes.

Les droits québécois et belge reconnaissent tous les deux qu'un consommateur devrait bénéficier d'une protection juridique accrue dans le cadre de son lien contractuel. Il est en effet établi que la règle formaliste du consentement libre et éclairé doit être modulée afin de reconnaître la vulnérabilité contractuelle d'une telle catégorie de partie². Les consommateurs pouvant très rarement, dans les faits, veiller adéquatement à leurs intérêts, les législateurs québécois et belge ont jugé nécessaire d'établir un régime particulier pour les contrats de consommation en exerçant une forme de contrôle sur le contenu contractuel³. Au Québec, cette protection se trouve essentiellement au *Code civil du Québec* et dans la *Loi sur la*

¹ Voir Adrian Popovici, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile: un mariage raté? » dans *La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000, 49 à la p 72.

² Pour un développement sur la nécessaire modulation des principes de l'autonomie de la volonté, notamment en fonction du principe général de la bonne foi maintenant reconnu aux art 6,7 et 1375 du *Code civil du Québec* (RLRQ c CCQ-1991 [CcQ]), voir généralement Marie Annik Grégoire, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.

³ Les objectifs de protection du consommateur et l'importance de ceux-ci ont d'ailleurs été encore rappelés par la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Richard c Time Inc*, 2012 CSC 8, [2012] 1 RCS 265, notamment aux para 39, 40, où la Cour s'exprime ainsi :

L'avènement de la société de consommation a rendu évidentes les limites du droit commun au Québec comme dans les autres provinces canadiennes. Au Québec, le modèle de justice contractuelle fondé sur la liberté de contracter, le consensualisme et la force obligatoire du contrat apparaissait de moins en moins adapté pour assurer une réelle égalité entre commerçants et consommateurs. L'intervention du législateur québécois en ce domaine a initialement été inspirée par la recherche d'un modèle différent de justice contractuelle fondé sur un régime d'ordre public qui dérogerait aux règles traditionnelles du droit commun [notes omises].

Le droit québécois de la consommation s'est pour l'essentiel organisé autour de deux lois successives sur la protection du consommateur, adoptées respectivement en 1971 et 1978, complétées plus tard par certaines dispositions d'ordre public contenues dans le Code civil du Québec.

*protection du consommateur*⁴. En Belgique, cette protection se trouve principalement au *Code de droit économique*⁵. Chacune de ces législations prohibe certaines clauses d'une manière spécifique. Elles prétendent aussi garantir l'équilibre juridique du contrat en interdisant les clauses abusives ou illicites, ou autrement dit, les clauses qui, sur le plan juridique, désavantagent d'une manière excessive le consommateur.

Si les deux systèmes semblent protéger le consommateur par un énoncé de clauses illégales ou abusives, nous questionnons ici, à la lumière du droit belge, la réceptivité et l'efficacité du droit québécois à l'égard de la protection offerte à la partie contractuellement vulnérable. En effet, une étude des recours en vigueur dans ces deux juridictions et de leur jurisprudence associée semble indiquer que le droit québécois aurait avantage à s'inspirer plus amplement du droit belge afin d'assurer une plus grande effectivité à la protection qu'il accorde, cette effectivité pouvant notamment passer par un plus grand postulat de prévention. Au cours de cette étude, nous exposerons brièvement l'état du droit québécois en matière de protection des consommateurs et autres personnes contractuellement vulnérables (I) pour mieux cerner si l'approche proposée par le droit belge pourrait procurer une plus grande effectivité (II).

I. L'état du droit québécois en matière de protection du consommateur et autres personnes contractuellement vulnérables

Tant le C.c.Q. que la L.p.c. et son *Règlement d'application*⁶ contiennent des dispositions impératives interdisant certaines clauses contractuelles, considérées illicites ou abusives. Ces interdictions dépendent parfois de la nature du contrat et de ses parties, pensons ici au contrat de bail résidentiel, au contrat de travail ou au contrat de consommation⁷. Sont ainsi interdites, les clauses abusives dans les baux résidentiels⁸, les clauses de non-concurrence dans le contrat de travail⁹ ou les clauses pénales dans certains contrats de consommation¹⁰. D'autres interdictions dépendent

⁴ RLRQ, c P-40.1 [*Lpc*].

⁵ [CDE].

⁶ *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-40.1, r 3 [*Règlement d'application de la Lpc*] Voir en particulier les arts 25.4–10.

⁷ Que le contrat de consommation soit celui défini à l'art 2 *Lpc*, *supra* note 4, ou celui de l'art 1384 CcQ. Pour plus d'explications sur la distinction entre les définitions de ces deux lois, voir Pierre-Claude Lafond, *Droit de la protection du consommateur : théorie et pratique*, Montréal, Yvon Blais, 2015 aux para 115–77 [Lafond, *Protection*].

⁸ Voir art 1910 CcQ.

⁹ Voir art 2089 CcQ.

¹⁰ Voir *Lpc*, *supra* note 4, art 13.

plutôt des circonstances matérielles de la formation du contrat. On pense ici au contrat d'adhésion qui, en vertu de l'article 1379 C.c.Q., se caractérise par des stipulations essentielles imposées, sans possibilité de véritables discussions entre les parties sur le contenu de celles-ci. Le but de ces interdictions et règlementations spécifiques est clair : assurer un certain équilibre au sein du contenu contractuel alors qu'une des parties est présumée ne pas pouvoir assurer la saine sauvegarde de ses intérêts¹¹. Ainsi, le droit tente de s'assurer d'une manière préventive, plutôt qu'*a posteriori*, qu'une partie dominante ne puisse abuser de cette position pour imposer un contenu contractuel fort désavantageux à son cocontractant plus vulnérable.

Contrairement à la solution adoptée dans l'Union européenne¹², et qui connaît un développement remarquable en Belgique, le législateur québécois n'a pas instauré des « listes » de clauses présumées ou réputées abusives¹³. Il a préféré adopter un énoncé général à l'article 1437 C.c.Q. afin de définir et sanctionner la clause abusive au sens large dans le contrat de consommation ou d'adhésion. Or, si une simple norme générale accorde une plus grande déférence aux tribunaux, avec une application au cas par cas elle entraîne cependant une certaine difficulté, de même qu'une insécurité, dans l'interprétation et la sanction concrète de la notion stipulée. Il suffit simplement de constater l'étendue des débats présents dans la doctrine et de la jurisprudence sur les divers critères de la définition de l'article 1437 C.c.Q. pour s'en rendre compte¹⁴. Dans un tel contexte,

¹¹ Sébastien Grammond, alors professeur, parlait d'injustices processuelles et substantielles (voir Sébastien Grammond, « La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé » (2010) 51:1 C de D 83). Le professeur Belley, quant à lui, est d'avis « [q]u'on l'envisage dans sa dimension comportementale, communicationnelle ou relationnelle, le processus de formation et d'exécution du contrat de consommation place les participants, et plus que tout autre le consommateur, dans des situations de vulnérabilité devenues normales et souvent banalisées dans la société contemporaine. » (Jean-Guy Belley, « La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Mélanges Claude Masse : en quête de justice et d'équité*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, 119 à la p 139). Voir aussi Lafond, *Protection*, supra note 7 aux para 15–44.

¹² Voir CE, *Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, [1993] JO, L 95/29 [*Directive 1993/13/CEE*].

¹³ Voir la section portant sur le droit belge, *infra*.

¹⁴ Pour une certaine synthèse des débats et questionnements, voir Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2012 aux para 1798 et s [Lluellas et Moore]. Pour un aperçu des débats sur l'interprétation à donner à l'art 1437 CcQ et de ce même fait sa complexité pour le consommateur, voir les diverses interprétations offertes par les auteurs suivants : Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013 aux para 140–49; Grammond, *supra* note 11; Benoît Moore, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses

comment le consommateur québécois, qu'on cherche à protéger, mais qui n'a généralement ni les connaissances, ni les moyens de faire reconnaître par les tribunaux une clause abusive, peut-il s'assurer que son contrat est exempt de telles clauses illicites, telles des clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité, de clauses de modification ou de résiliation unilatérales ou de clauses d'adhésion ? Une approche par « listes », avec la précision qu'elle procure, aurait été utile en l'espèce puisqu'elle aurait permis de consacrer à l'article 1437 C.c.Q. un rôle préventif¹⁵. Ce constat, par ailleurs, n'est pas nouveau. Pourtant, jusqu'à ce jour, le législateur québécois résiste toujours à veiller à assurer plus de clarté et de cohérence dans la protection des droits des consommateurs¹⁶.

Pour vérifier l'efficacité effective de l'article 1437 C.c.Q. et d'autres dispositions impératives, notamment celles de la *Loi sur la protection du consommateur*, nous avons examiné dans le cadre de cette étude certains contrats de diverses industries québécoises. Cette étude nous a permis de constater que la grande majorité d'entre eux sont truffés de clauses illégales ou abusives (partie A). Ce constat nous a mené à conclure que les recours proposés par le droit québécois ne permettent pas une réelle mise en œuvre de la protection législative, pourtant impérative, accordée à certaines parties contractantes jugées plus faibles (partie B).

abusives en droit québécois » (1994) 28:1 RJT 177 aux pp 221–30 [Moore, « Règle générale »]; Benoît Moore, « Les clauses abusives : Dix ans après » (2003) 63:1 R du B 59; Benoît Moore, « Le contrôle des clauses abusives : entre formation et exécution du contrat » dans Benoît Moore, dir, *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 461; Sylvette Guillemard, « Les clauses abusives et leurs sanctions : la quadrature du cercle » (1999) 59:2 R du B 369; Élise Charpentier, « L'article 1437 du Code civil du Québec: de l'art de lire un article qui surprend » dans Benoît Moore, dir, *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 233; Nathalie Croteau, « Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi » (1996) 26:2 RDUS 401; Pierre-Gabriel Jobin, « Les clauses abusives » (1996) 75:3 R du B can 503 aux pp 505–16.

¹⁵ Sur un tel souhait de rôle préventif pour l'art 1437 CcQ, voir Lluelles et Moore, *supra* note 14 au para 1853. Voir aussi Moore, « Règle générale », *supra* note 14.

¹⁶ Voir par ex à cet effet les propositions faites : (1) en 1994 par Benoît Moore dans Moore, « Règle générale », *supra* note 14 à la p 237; (2) en 2010, dans le rapport du GREDDIC (Groupe de recherche en droit international et comparé de la consommation), Thierry Bourgoignie, Pierre-Claude Lafond et Lindy Rouillard, « La réforme de la Loi sur la protection du consommateur du Québec, Jalons pour un Code de la consommation du Québec », (1 février 2010) à la p 130, en ligne : <greddic.uqam.ca/IMG/pdf/rapport_final_100210.pdf>, archivé à <https://perma.cc/QR3A-URCY> [GREDDIC]; ou (3) en 2011, dans un rapport produit par l'organisme de protection des consommateurs, Union des consommateurs, « Mettre un frein aux clauses abusives dans les contrats de consommation », (septembre 2011) aux pp 24, 106, en ligne : <http://uniondesconsommateurs.ca/docu/protec_conso/FreinClausesAbusives.pdf>, archivé à <https://perma.cc/KE7V-Y2LG>.

A. Des contrats truffés de clauses illégales ou abusives

Afin de vérifier l'efficacité de la protection offerte par le droit québécois, nous avons procédé à l'étude de plusieurs contrats : ont ainsi été examinés des baux résidentiels dans des résidences pour personnes âgées, des modalités d'utilisation de téléphonie cellulaire contenues dans des conditions générales et des conventions d'institutions financières. Toutes ces entreprises oeuvrent au Québec. Les domaines contractuels ont été choisis pour l'accessibilité des clauses contractuelles pour les soussignées, le caractère essentiel de ces contrats dans la vie quotidienne d'un particulier et le fait que ces industries sont principalement contrôlées par de grandes entreprises qui, du fait de leur emprise sur le marché donné, imposent leur contenu contractuel comme une forme de réglementation privée. Le but n'est pas ici de s'attarder sur des règles de droit spécifiques à un domaine économique particulier ni de cibler une entreprise, mais d'illustrer la prolifération bien réelle de clauses abusives ou illicites au sein de contrats courants et d'exprimer certaines réflexions sur les raisons qui sous-tendent celle-ci. En effet, comment expliquer qu'une telle réglementation privée puisse être imposée et se maintenir impunément, au mépris de la législation applicable ?

Nous avons choisi de faire une démonstration de cette prolifération en citant et analysant plusieurs clauses trouvées lors de notre étude qui nous apparaissent représentatives du phénomène. Ces clauses sont authentiques. Elles proviennent essentiellement de trois sources : des baux résidentiels de résidences pour personnes âgées recueillis lors d'une étude sur la présence de clauses illicites au sein de ces baux¹⁷, des contrats conclus par une des signataires de la présente étude et des conditions générales apparaissant sur les sites internet de diverses entreprises oeuvrant au Québec. Parmi les clauses illicites ou abusives identifiées, nous avons choisi d'exposer des clauses limitant la responsabilité du cocontractant (1), des clauses de modification unilatérale des caractéristiques des services ou du produit (2) et des clauses qui prévoient l'adhésion du cocontractant vulnérable à des clauses illégales ou autrement inopposables (3).

1. Des clauses limitant la responsabilité du cocontractant

i. Dans un contrat de bail :

Le premier jour de la prise de possession du logement, le Locataire doit aviser le Locateur, par écrit, de tout problème nécessitant l'intervention du Locateur. L'absence d'avis du Locataire signifie qu'il accepte les lieux dans l'état actuel.

¹⁷ Voir Marie Annik Grégoire et Sophie Gratton, « La légalité des baux de résidences privées pour personnes âgées: Étude réflexive sur l'effectivité des droits dans un contexte de vieillissement de la population » (2011) 70:2 R du B 473.

Le Locataire déclare qu'il a examiné les lieux, l'équipement et les appareils électriques loués. Il les a trouvés en parfait ordre et état de fonctionnement et déclare qu'il en connaît le mode d'opération.

[...]

Le Locateur n'est pas responsable de toute perte, vol ou dommage des biens du Locataire.

Le Locateur ne sera nullement responsable de tout dommage, perte ou blessures subis lors de l'utilisation de tout équipement ou appareil électrique.

[...]

Le Locataire permet que toute réparation ou tout traitement pour l'extermination d'insectes, jugé nécessaire par le Locateur soit exécuté sans pouvoir prétendre à une réduction de loyer, des dommages et intérêts ou une compensation quelconque et le Locataire s'oblige à collaborer à la satisfaction du Locateur.

Ces clauses contreviennent à l'article 1900 C.c.Q., qui prévoit qu'« [e]st sans effet la clause qui limite la responsabilité du locateur, l'en exonère ou rend le locataire responsable d'un préjudice causé sans sa faute ». Or, chacune de ces dispositions limite sous diverses formes la responsabilité du locateur. De même, la clause exonérant le locateur contre toute forme de blessures contrevient aussi à l'article 1474 C.c.Q., qui interdit l'exclusion de responsabilité pour un préjudice corporel ou moral.

ii. Dans une convention d'une institution financière :

[L'institution] ne peut être tenu (sic) responsable des dommages, directs ou indirects, consécutifs ou spéciaux, pertes, frais ou préjudices subis par un client, ou par d'autres personnes, relativement à l'utilisation des services de [l'institution] décrits dans la présente convention, à moins qu'ils résultent de la grossière négligence de [l'institution].

Cette stipulation contrevient à l'article 10 L.p.c. puisque selon cette disposition, le commerçant ne peut exclure sa responsabilité pour son fait personnel ou celui de ses préposés¹⁸.

iii. Dans une convention de téléphonie mobile :

Dans la mesure permise par les lois applicables, la responsabilité de [l'entreprise] en matière de négligence, rupture de contrat, délit ou autre cause d'action, y compris une violation fondamentale, se limite au paiement, sur demande, de dommages-intérêts réels et directs

¹⁸ Celle-ci stipule qu'« [e]st interdite la stipulation par laquelle un commerçant se dégage des conséquences de son fait personnel ou de celui de son représentant » (*supra* note 7, art 10). Il est par ailleurs admis que la *Lpc* s'applique aux contrats conclus avec les banques (*Banque de Montréal c Marcotte*, 2014 CSC 55 aux para 3, 62, 66, 84, 117, [2014] 2 RCS 725).

d'un montant maximum égal au plus élevé de 20 \$ et d'un montant correspondant aux Tarifs payables pour les Services durant une panne de Service. Sous réserve du paiement ci-dessus, et dans la mesure permise par les lois applicables, [l'entreprise] n'est pas responsable envers quiconque des dommages subis, qu'ils soient directs, indirects, spéciaux, consécutifs, accessoires, économiques, exemplaires ou punitifs. La présente limitation de responsabilité ne s'applique pas aux dommages résultant de préjudices corporels ou du décès, ou aux dommages matériels à vos biens, entièrement causés par la négligence grave de [l'entreprise].

Une telle clause apparaît assez standardisée dans les contrats de téléphonie cellulaire examinés à partir des sites internet des plus importantes entreprises de télécommunications faisant affaires au Québec. On énonce, dans de telles clauses, une série de limitations (quant à la responsabilité ou la garantie légale notamment) et on mentionne que ces limitations ne se déploient qu'à l'intérieur des « limites permises par les lois applicables », qu'il appartient ainsi au consommateur de déterminer.

En plus de contrevenir explicitement à l'article 19.1 L.p.c.¹⁹, une telle pratique laisse songeur : pourquoi ne pas prévoir une stipulation qui tienne compte du droit applicable ? Pourquoi laisse-t-on au consommateur la responsabilité de vérifier la validité de la clause ? Il nous apparaît qu'une telle clause a probablement pour but de tromper le consommateur sur ses droits. Bien que la limitation se fasse « dans les limites permises par les lois applicables », elle risque d'induire en erreur le consommateur sur la portée de ses droits, d'autant que des exclusions sont explicitement prévues à la clause (pour le préjudice corporel et les décès notamment), laissant entendre que ces exclusions sont les seules auxquelles peut prétendre le consommateur. On peut d'ailleurs questionner le fait qu'on ait exclu expressément certains éléments pour laisser au consommateur le soin de déterminer s'il peut bénéficier d'autres exclusions. Ainsi, si on maintient la limitation de la responsabilité telle qu'elle se dégage de la clause, elle contrevient, comme la précédente stipulation, à l'article 10 L.p.c.

2. Des clauses de modification unilatérale des caractéristiques des services ou du produit

i. Dans un contrat de bail résidentiel :

Le propriétaire pourra en tout temps faire des règlements pour le soin, la propreté et la sauvegarde' des lieux loués, des espaces communs et des commodités fournies au locataire. Tout règlement édicté

¹⁹ Cet article prévoit qu' « [u]ne stipulation qui est inapplicable au Québec en vertu d'une disposition de la présente loi ou d'un règlement qui l'interdit doit être immédiatement précédée, de manière évidente et explicite, d'une mention à ce sujet.

sera considéré comme faisant partie intégrante des présentes, sur réception par le locataire ou dès qu'affiché par le propriétaire à la réception ou dans les locaux communs mis à la disposition de l'ensemble des locataires.

Les locataires auront accès aux endroits communs tels : la cour, les salons communautaires, le bain-tourbillon et le locateur pourra édicter des règlements pour l'utilisation des lieux communs. [...] Il est bien entendu que le locateur n'a et n'aura aucune obligation de maintenir ces endroits communs à la disposition des locataires.

Ces clauses contreviennent au processus obligatoire de modification d'un bail prévu par les articles 1941 C.c.Q. et suivants. Ainsi, un locateur ne peut modifier les services ou le bail en général qu'en respectant les délais de préavis prévus par la section intitulée « De la reconduction et de la modification du bail ». Ceci inclut les règlements de l'immeuble, qui en vertu de l'article 1894 C.c.Q. font intégralement partie du bail. Or, ces clauses ne respectent pas le procédé obligatoire en accordant un droit de modification unilatérale et en tout temps au locateur.

Aussi, dans un contexte de baux en résidence pour aînés, de telles clauses sont d'autant explicitement illégales qu'elles contreviennent à l'article 37 du *Règlement sur les conditions d'obtention d'un certificat de conformité et les normes d'exploitation d'une résidence privée pour aînés*²⁰.

²⁰ RLRQ c S-4.2, r 5.01, art 37. En date de 2018, ce règlement a récemment été remplacé par le *Règlement sur la certification des résidences privées pour aînés*, RLRQ c S-4.2, r 0.01, art 13 al 2. L'article 13 a été modifié et se lit maintenant comme suit :

L'exploitant d'une résidence privée pour aînés doit, avant la conclusion du bail, remettre à toute personne qui souhaite y résider ou à son représentant, le cas échéant, un document rédigé en termes clairs et simples qui précise les informations suivantes:

- 1° l'ensemble des services offerts dans la résidence et leur coût respectif;
- 2° les conditions d'accueil des personnes présentant une incapacité ainsi que les limites de la résidence quant à sa capacité d'accueillir de telles personnes;
- 3° les règles de fonctionnement de la résidence;
- 4° le fait qu'il est possible, pour tout résident, de formuler une plainte au centre intégré de santé et de services sociaux concerné relativement aux services qu'il a reçus ou aurait dû recevoir de la résidence;
- 5° le fait qu'il est de la responsabilité de tout résident d'assurer ses biens personnels;
- 6° le fait qu'un résident peut choisir le pharmacien de qui il veut recevoir ses services pharmaceutiques.

Dans le cas d'une résidence des catégories 1 ou 2, le document visé au premier alinéa doit de plus mentionner le fait que l'exploitant n'offre pas de services d'assistance personnelle ou de soins infirmiers.

L'exploitant remet au résident et, le cas échéant, à son représentant le code d'éthique adopté en vertu du premier alinéa de l'article 36.

Celle-ci prévoit que « [l']exploitant d'une résidence privée pour aînés doit offrir et maintenir, pendant toute la durée du bail et sans augmentation de coût ni diminution d'intensité, l'ensemble des services qui sont prévus au bail ainsi qu'à son annexe ».

ii. Dans une convention d'une institution financière :

Le détenteur reconnaît que [l'institution] émettrice pourra, sans préavis et unilatéralement, modifier les présentes conditions et l'en aviser par des avis affichés aux divers emplacements des appareils accessibles générés par une caisse ou diffusés par l'entremise de ces derniers (ex. diffusion d'un message, avis dans la boîte de message). Le détenteur peut obtenir copie de cet avis ou des conditions révisées en s'adressant à [l'institution] émettrice, qui n'a aucune autre obligation de les lui transmettre.

[...]

Une opération effectuée par le détenteur par l'entremise de l'une de ses cartes après les modifications ou après réception des conditions d'utilisation par la Carte d'accès [de l'institution] équivaut à l'acceptation de ces modifications et conditions d'utilisation.

Cette clause contrevient à l'article 11.2 L.p.c. en ce qu'elle ne respecte pas les conditions impératives énoncées à cet article pour procéder à la modification unilatérale du contrat²¹, dont celles des modalités de préavis. Aussi, en 2017, la Cour d'appel du Québec, dans une affaire dont les faits datent d'avant l'adoption de l'article 11.2 L.p.c., a jugé que des clauses de modifications unilatérales peuvent, selon les modifications apportées et la nature de la clause, contrevenir aux articles 12 L.p.c. (imposition de frais supplémentaires non prévus au contrat) et 40 L.p.c. (conformité du bien ou service avec le contrat), de même qu'à l'article 1373 C.c.Q. sur la détermination de l'obligation, si la clause de modification unilatérale ne comporte pas d'éléments objectifs permettant de déterminer les changements possibles, ceux-ci ne pouvant être purement arbitraires²². Cette affaire concerne un recours pris contre la compagnie de télécommunications Vidéotron, qui avait unilatéralement modifié l'accès à la bande passante de son réseau internet pour certains abonnés. Vidéotron considérait que cette modification aux conditions d'abonnement était valide en vertu de la clause de modification unilatérale contenue au contrat la liant à ses abonnés et se lisant ainsi :

Modifications - Vidéotron pourra, sur préavis d'au moins trente (30) jours au client transmis par courrier électronique à son adresse

²¹ *Supra* note 4, art 11.2. Pour plus de détails sur les conditions cet article, voir Lafond, *Protection*, *supra* note 7 aux para 290–93.

²² Voir *Vidéotron c Union des consommateurs*, 2017 QCCA 738 aux para 31–35, 41–45, 49–51, 2017 CarswellQue 3477 (WL).

de messagerie Vidéotron ou transmis par la poste au client, modifier les Services ou toute autre disposition de la présente convention y compris les frais et tarifs stipulés au paragraphe 3.1. Aucun préavis ne sera toutefois requis à l'égard d'une modification des Services lorsque les prestations de Vidéotron en regard de ceux-ci demeurent semblables et qu'elles n'ont aucune conséquence sur les frais payables par le client. En acquittant le relevé de compte qui accompagne tout avis de modification de la présente convention, le client est irrévocablement présumé avoir accepté la modification. Le client pourra par contre, à l'intérieur du délai de trente (30) jours, résilier la présente entente ou en demander la modification de la manière prévue au paragraphe 11.4 ci-après, à défaut de quoi il sera irrévocablement présumé avoir accepté les modifications visées par l'avis.²³

Or, la Cour d'appel a accueilli, du moins en partie, le recours contre Vidéotron, considérant que la modification au contrat contrevenait aux dispositions impératives de la *Loi sur la protection du consommateur*. Sans se prononcer explicitement sur la validité du consentement réputé du consommateur après un délai de 30 jours prévu par la clause, la Cour d'appel a agi tout simplement comme si un tel consentement ne pouvait être ainsi réputé. D'ailleurs, nous soumettons qu'à notre avis un tel consentement réputé après un délai de 30 jours était, au moment des faits de cette affaire, incompatible avec l'article 11 b) L.p.c., qui interdit au commerçant de prévoir une stipulation qui lui réserve le droit unilatéral de décider que s'est produit un fait ou une situation. Or, le consentement réputé est très certainement un fait juridique qui ne devrait conséquemment pas pouvoir être imposé unilatéralement par un commerçant. Nous réitérons néanmoins que les faits de cette décision datent d'avant l'adoption de l'article 11.2 L.p.c. et qu'on peut probablement considérer qu'à l'heure actuelle, un tel consentement peut être inféré dans un contrat de consommation au sens de la *Loi de la protection du consommateur* si les conditions de cet article pour effectuer une modification au contrat sont strictement respectées.

iii. Dans une convention de services de télécommunications (y compris la téléphonie mobile) :

Après vous avoir donné un préavis écrit de 30 jours civils, [l'entreprise] peut modifier : **(a)** vos Services prépayés et les Tarifs afférents; **(b)** les Services de [l'entreprise] qui vous sont fournis sur la base d'une Durée mensuelle (y compris les Options et les Services à l'utilisation) et les Tarifs afférents; et **(c)** les Frais. Ces modifications peuvent comprendre la modification ou la résiliation d'un Service. [L'entreprise] peut uniquement modifier d'autres Services de [l'entreprise] et les Tarifs afférents en conformité avec les lois appli-

²³ *Ibid* au para 29 [soulignement dans l'original].

cables. [L'entreprise] peut vous transmettre un préavis relatif à une modification en l'affichant sur [site internet], en l'insérant à votre facture, en vous l'envoyant par courriel ou messagerie texte ou à l'aide de toute autre méthode raisonnable. Sous réserve du droit de [l'entreprise] de faire de telles modifications, aucune autre déclaration (écrite ou verbale) ne modifiera cette Entente. Vous ne pouvez pas modifier les présentes Modalités de service.

À l'instar de la précédente, cette clause contrevient à l'article 11.2 L.p.c. en ce qu'elle ne respecte pas le processus de modification unilatérale du contrat par un commerçant, notamment quant à la forme de l'avis de modification et surtout quant au droit du consommateur de mettre fin à son contrat dans les 30 jours, sans pénalité, si la modification entraîne une augmentation de ses obligations ou une réduction de celles du commerçant. De même, elle contrevient à l'article 42 L.p.c. et 25.5 du *Règlement d'application de la Lpc*²⁴ en ce qu'elle prévoit que seront sans effet les déclarations, tant verbales qu'écrites, faites par les représentants de l'entreprise. Finalement, on peut certainement s'interroger sur la compréhensibilité de cette clause en fonction de la norme posée par l'article 1436 C.c.Q.

3. Des clauses qui prévoient l'adhésion du cocontractant vulnérable à des clauses illégales ou autrement inopposables

i. Dans un bail résidentiel :

Le Locataire déclare avoir pris connaissance de toutes les dispositions de ces règlements. Il reconnaît que celles-ci sont raisonnables compte tenu de la relation contractuelle établie entre le Locateur et le Locataire. Le Locataire s'engage à les respecter en tout point et à obtempérer à toute directive et à tout avis qui pourra lui être donné par le Locateur ou son représentant autorisé ou encore par le concierge, le cas échéant, et ayant pour objet l'application de ces clauses.

Le bail, les annexes au bail, le guide d'accueil et les règlements en vigueur sont des documents légaux liant juridiquement les parties.

La Direction s'engage à voir à ce que tous les locataires respectent ces règlements et à prendre des mesures nécessaires pour assurer leur sécurité et leur bien-être soit : 1er avis : verbal, 2e avis : écrit, 3e avis : expulsion, s'il y a lieu.

La Direction se réserve le droit de modifier ou d'ajouter des règlements en tout temps qui devront être respectés par le client-résident. »

Ces clauses sont hautement problématiques pour plusieurs raisons. Tout d'abord, pour être opposable, le règlement d'un immeuble doit, en vertu de l'article 1894 C.c.Q., avoir été remis au locataire avant la conclusion du

²⁴ *Supra* note 6, art 25.5.

bail. Ainsi, pour que la déclaration de connaissance d'une des clauses soit valide, il faut que le règlement ait été remis avant la signature du bail. Par ailleurs, la déclaration à l'effet que les règlements sont raisonnables est tout simplement inopposables au locataire, les dispositions en matière de bail résidentiel étant de nature impérative²⁵. De même, l'obligation d'obtempérer à tout ordre ou avis apparaît infantilisant et contrevenir au devoir de respect de la dignité, reconnu à l'article 4 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁶. Finalement, la clause autorisant le locateur à mettre fin unilatéralement au bail par une « expulsion », à ajouter ou modifier les règlements, contrevient au droit au maintien dans le logement du locataire, prévu aux articles 1936 C.c.Q. et suivants et au processus impératif de modification d'un bail prévu aux articles 1941 C.c.Q. et suivants.

ii. Dans une convention d'une institution financière :

J'accuse réception de la « Convention de [...] » incluse dans la Brochure informative au client [...]. Je reconnais que son contenu a été expressément porté à ma connaissance. Je déclare en avoir lu les conditions, lesquelles font partie intégrante des présentes et accepte de m'y conformer.

iii. Dans une convention de téléphonie mobile :

En signant ci-dessous, vous :

[...]

Reconnaissez avoir reçu copie des Modalités de service et de la Politique d'utilisation acceptable de [l'entreprise] qui font partie intégrante de la présente entente ou des présentes ententes de service et de les avoir lues, comprises et acceptées.

Pour être opposables, en vertu de l'article 1435 C.c.Q., les stipulations contenues dans une convention de conditions générales non jointe au contrat doivent avoir été portées à la connaissance du consommateur ou du stipulant lors de la formation du contrat. Or, dans les faits, notre expérience démontre que les rencontres avec les préposés des entreprises sont très courtes et la plupart des clauses contenues à ces conventions de conditions générales ne sont jamais expliquées ou même mises à la connaissance du client²⁷. Or, ces conditions générales font plusieurs pages²⁸,

²⁵ Voir art 1892 CcQ.

²⁶ RLRQ, c C-12.

²⁷ Voir par ex une étude sur le déroulement des séances de signatures d'hypothèque immobilière par les consommateurs, qui démontre que les représentants n'expliquent que très peu le contenu des documents bancaires : Marie Annik Grégoire, « Contrat d'hypothèque de type parapluie : les consommateurs sont-ils bien informés? » (2017) 119:2 R du N 277 aux pp 296–302.

comme le démontre la consultation des sites internet des principales entreprises faisant affaire au Québec. Des explications sur le contenu de ces conditions générales sont nécessaires afin de les rendre opposables au consommateur, sauf si le contrat est entièrement électronique et que les clauses sont facilement accessibles par hyperliens²⁹.

Plutôt que de modifier leurs pratiques de vente, et ainsi de ralentir leur volume de transactions en prenant le temps d'expliquer le contenu de conditions générales de plusieurs pages, les entreprises tentent de se soustraire à cette obligation légale en prévoyant des clauses « de reconnaissance de lecture et de compréhension ». Si une telle admission de lecture et de compréhension est conforme à la réalité des circonstances ayant entouré la conclusion du contrat, les clauses à cet effet sont alors parfaitement valides. Cependant, en situation contraire, la clause prévoyant l'adhésion du consommateur à ces conditions est illicite, en ce qu'elle contrevient spécifiquement à l'article 25.9 du *Règlement d'application de la Lpc*, qui prévoit qu'« [e]st interdite la stipulation qui prévoit que le consommateur est lié par une clause externe malgré le fait qu'elle lui soit inopposable en vertu de l'article 1435 du Code civil »³⁰.

B. L'efficiency du droit québécois

Nous n'irons pas par quatre chemins : le droit québécois semble inadéquatement protéger le consommateur contre les clauses illicites ou abusives. Le C.c.Q. érige en règle de principe la liberté contractuelle, peu adaptée pour contrôler les abus générés par les contrats de consommation. De même, les mesures de sanctions offertes aux consommateurs ne favorisent pas l'efficiency des dispositions impératives visant la protection des intérêts de ceux-ci.

Le Québec s'est pourtant doté de la *Loi sur la protection du consommateur* en 1978. Malheureusement, le contenu de cette loi n'a pas été in-

²⁸ Il est d'ailleurs intéressant de noter que, malgré nos connaissances juridiques, une des soussignées a mis plus de 2 heures et 30 minutes à lire les conditions générales remises par une institution financière lors de la signature du contrat.

²⁹ Voir *Dell Computer Corp c Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 aux para 90–93, 97–101, [2007] 2 RCS 801. Cette malheureuse décision a déterminé que les hyperliens d'un contrat électronique référant à des clauses générales ne sont pas des clauses externes au sens de l'art 1435 CcQ, sauf si elles sont difficiles d'accès. Or, l'accessibilité d'une clause ne devrait en aucun moment constituer un critère d'application de l'art 1435 CcQ puisque même une clause externe doit toujours être accessible pour consultation par l'adhérent ou le consommateur. Du même avis, voir Lluellas et Moore, *supra* note 14 au para 1471.4; Vincent Gautrais, « Le vouloir électronique selon l'affaire Dell Computer : dommage! » (2007) 37:2 RGD 407.

³⁰ *Supra* note 6.

clus dans le C.c.Q. en 1994 à la suite de nombreuses critiques du milieu juridique, qui était d'avis que le droit de la consommation devait demeurer en marge du droit commun³¹. Il s'en traduit la victoire d'une philosophie libérale, au détriment de la protection des intérêts des parties vulnérables. De ce choix a résulté un manque de cohérence, puisque la définition du contrat de consommation du C.c.Q.³² diffère de celle de la L.p.c.³³, favorisant parfois des interprétations contradictoires de ces deux notions et compliquant d'autant la compréhension pour le consommateur. Les clauses interdites ne sont pas clairement identifiables et le consommateur doit faire preuve d'une grande perspicacité pour s'y retrouver parmi toutes les lois applicables. Par exemple, si un recours fondé sur la lésion est autorisé en vertu de la L.p.c.³⁴, il est interdit aux personnes majeures aptes en vertu du C.c.Q.³⁵. Aussi, même si toutes les dispositions de cette loi sont impératives³⁶, le champ d'application de la *L.p.c.* exclut plusieurs contrats importants, dont ceux conclus entre professionnels ou ceux régissant la vente, la location ou la construction d'un immeuble³⁷, contrats qui auraient pu bénéficier d'une protection si le droit de la consommation avait été inclus au sein du droit commun.

En examinant les clauses illégales qui apparaissent dans de multiples contrats de consommation courante, on ne peut que conclure à une apparente insuffisance des dispositions normatives régissant les contrats où une personne vulnérable est un des cocontractants. Dans un contexte de standardisation des contrats d'adhésion et de consommation et de vulnérabilité contractuelle, les règles du libre marché et de l'autorégulation apparaissent insuffisantes pour assurer le respect de normes pourtant impératives et laissent transparaître en filigrane l'inefficacité des contrôles étatiques permettant d'assurer le respect de ces normes. Le «laisser faire» et la politique du libre marché se traduisent par des dispositions il-

³¹ Pour en savoir plus amplement à ce sujet et sur le droit de la consommation en général, voir Lafond, *Protection*, *supra* note 7.

³² Voir art 1384 CcQ qui réfère à la notion d'exploitation d'entreprise, elle-même définie à l'art 1525 CcQ comme « une activité économique organisée ».

³³ *Supra* note 4, art 2 qui réfère à la notion de commerçant, notion n'incluant traditionnellement pas les artisans et les professionnels. Pour plus d'explications, voir Lafond, *Protection*, *supra* note 7 aux para 133–41.

³⁴ *Supra* note 4, art 8.

³⁵ Voir art 1405 CcQ.

³⁶ Voir *Lpc*, *supra* note 4, arts 261–62.

³⁷ Voir *Lpc*, *supra* note 4, art 6–6.1. Il faut noter par ailleurs que certaines dispositions relatives essentiellement à la publicité interdite s'appliquent même aux contrats relatifs à la vente, la location ou la construction d'un immeuble (voir *supra* note 33).

légalles et abusives³⁸. Les recours dont disposent les consommateurs pour faire valoir leurs droits doivent être plus efficaces. D'ailleurs, la facilité avec laquelle nous avons pu procéder à un court inventaire de telles clauses est troublante. Ces constats ne sont par ailleurs pas nouveaux³⁹. Régulièrement les divers ordres de gouvernement sont interpellés par des organismes de protection des consommateurs, notamment sur les contrats imposés par les institutions financières ou les entreprises de télécommunications⁴⁰.

Par ailleurs, en ce qui concerne plus spécifiquement les baux en résidence pour personnes âgées, le Protecteur du citoyen du Québec, publiait, en juin 2016, un *Rapport sur le respect des droits et des obligations des locataires et des locateurs dans les résidences privées pour aînés*⁴¹. Ce rapport émettait plusieurs recommandations visant à renforcer le respect des droits des locataires des résidences privées pour aînés et, en ce sens, se distinguait du cadre habituel d'intervention du Protecteur du citoyen en ce qu'il ciblait l'efficacité de l'encadrement légal d'une relation entre des parties privées. Parmi les nombreuses recommandations formulées, une mettait particulièrement en lumière tous les problèmes du droit québécois en matière de tolérance tacite des clauses abusives : l'absence de sanction collective pour en assurer le respect. Cette recommandation se lisait ainsi :

[P]roposer une modification à la *Loi sur la Régie du logement* [instance juridictionnelle compétente pour entendre les litiges concernant les baux résidentiels] pour que tous les locataires d'une même résidence privée pour aînés puissent se prévaloir des effets d'une décision rendue par la Régie du logement qui invalide une ou des clauses qui s'avèrent contraires à l'ordre public et qui se retrouvent dans leur bail respectif⁴².

³⁸ Voir notamment d'une manière plus spécifique l'étude effectuée sur la présence de clauses illégales dans les baux de résidences pour personnes âgées : Grégoire et Gratton, *supra* note 17.

³⁹ Voir par ex une étude effectuée sur plusieurs contrats électroniques et qui conclut à l'illégalité de plusieurs de ceux-ci : Vincent Gautrais, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux! » (2004) 106:3 R du N 617.

⁴⁰ Voir notamment les études et communiqués faits par les organismes Option consommateurs ou Union des consommateurs, qui sont parmi les plus associations de protection des droits des consommateurs les plus actives au Québec.

⁴¹ *Rapport spécial du Protecteur du Citoyen : Les résidences privées pour aînés : plus que de simples entreprises de location résidentielle : Rapport sur le respect des droits et des obligations des locataires et des locateurs dans les résidences privées pour aînés*, Québec, Assemblée nationale, 2016, en ligne : <protecteurducitoyen.qc.ca/sites/default/files/pdf/rapports_speciaux/2016-06-16_droit-aines-residences-privées.pdf>, archivé à <https://perma.cc/JAX2-MCTM>.

⁴² *Ibid* à la p 24.

Même si cette recommandation ne concernait spécifiquement que le bail dans une résidence pour personnes âgées, elle illustre parfaitement un des principaux problèmes de la protection du consommateur. À l'instar des locataires, la vulnérabilité des consommateurs est essentiellement processuelle : il ne participe pas à l'élaboration du contrat, ce dernier se complexifie et le régime de contrôle du contenu contractuel est essentiellement individualiste. Mis à part le recours très restreint prévu à l'article 316 L.p.c., expliqué ci-après, il n'existe, en droit québécois, aucun recours qui permette à des consommateurs ou des associations de défense de leurs intérêts de déposer une demande commune afin d'interdire l'utilisation générale de certaines clauses dans les contrats de consommation. Ainsi, la décision déclarant une clause illégale n'aura d'effets concrets qu'entre les parties contractantes, ce jugement ne privant pas automatiquement d'effet cette même clause pour les autres consommateurs. L'entreprise qui a ainsi imposé à des milliers de clients ladite clause illégale ne pourra pratiquement pas s'en faire interdire l'utilisation et ce sont les consommateurs qui seront lésés dans le respect de leurs droits.

Même la très populaire action collective⁴³, développée au Québec dans les années 1970 et fortement utilisée notamment grâce au financement public dont elle bénéficie, n'a su empêcher la prolifération de clauses illégales au sein des contrats de consommation courante puisqu'elle a essentiellement été conçue à des fins compensatoires⁴⁴. Malgré sa grande versa-

⁴³ Voir les arts 571–604 Cpc. Sur l'action collective, voir généralement Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Thémis, 1996 [Lafond, « Voie d'accès »]; Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : Impact et évolution*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006; Catherine Piché, *Le règlement à l'amiable de l'action collective*, traduit par Renée Lebeuf et Pierre Desrosiers, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014; Shaun E Finn, *L'action collective au Québec*, Montréal, Yvon Blais, 2016; Option Consommateurs, *Actions collectives : Comment augmenter les taux de réclamation individuelle?*, présenté au Bureau de la consommation d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada, 2017, en ligne : <option-consommateurs.org/wp-content/uploads/2018/03/oc-809303-taux-reclamation-rapport.pdf>, archivé à <https://perma.cc/N3XH-NBNH>; Pierre-Claude Lafond, « Définition de l'action collective, parties et tribunal compétent » dans *JurisClasseur Québec : Procédure civile II*, 2^e éd, LexisNexis, 2015 (feuilles mobiles mises à jour au 1^{er} juin 2016), fasc 20 [Lafond, « Définition »]; André Durocher et Claude Marseille, « Autorisation d'exercer une action collective » dans *ibid* (feuilles mobiles mises à jour au 1^{er} septembre 2015), fasc 21; Mathieu Bouchard, Jean-Michel Boudreau et Catherine McKenzie, « Action collective – Avis, déroulement, jugement et mesures d'exécution » dans *ibid* (feuilles mobiles mises à jour au 31 juillet 2017), fasc 22; Catherine Piché, « Transaction d'action collective » *ibid* (feuilles mobiles mises à jour au 15 juillet 2015), fasc 23.

⁴⁴ Voir *Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives*, RLRQ, c F-3.2.0.1.1, art 7. Pour plus d'informations sur le Fonds d'aide, voir notamment Samy Elnemr, « Le Fonds d'aide aux recours collectifs : trente ans plus tard », dans Service de la formation continue du

tilité — il est en effet possible d'obtenir des jugements déclaratoires dans le cadre d'une action collective⁴⁵ — celle-ci n'a jamais été utilisée, au Québec, à des fins de suppression de clauses abusives ou illégales. Pour tenter de pallier cette lacune, le législateur québécois a introduit, en 2009, l'article 316 L.p.c.⁴⁶, afin de permettre aux organismes de protection des droits des consommateurs de demander au tribunal une injonction ordonnant à un commerçant ayant inscrit dans un contrat une stipulation interdite en vertu de cette loi ou de sa réglementation, de cesser d'insérer une telle stipulation⁴⁷. Il faut par ailleurs mentionner que ce recours en injonction, méconnu et ne relevant pas de l'action collective — excluant ainsi toute forme de financement public — n'a pas été utilisé, du moins à notre connaissance, depuis son entrée en vigueur⁴⁸. Le recours n'est donc pas très efficace ou du moins est encore perfectible. Une nouvelle action collective doit être développée. Or, nous croyons qu'une telle action existe en droit belge, soit l'action en cessation. En ce sens, il apparaît que l'étude de l'expérience belge semble une piste utile quant à la nécessité de mettre en place des sanctions collectives favorisant un plus grand respect des droits contractuels des consommateurs. Analysons donc, dans une perspective de droit comparé, les solutions que pourrait apporter le droit belge à une telle problématique.

II. La situation belge en matière de clauses abusives et illégales

Développer au Québec une pratique semblable à l'action en cessation belge dite « comme en référé » contribuerait à ce que le contenu de divers contrats d'adhésion ou de consommation soit mieux exempt de clauses illégales et abusives. Cela pourrait ouvrir la porte à une véritable révolution au sein des contrats de cette industrie.

La réglementation des clauses abusives est l'une des réglementations les plus importantes en droit belge de la consommation⁴⁹. Elle y a été in-

Barreau du Québec, vol 327, *Développements récents en recours collectifs*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 1.

⁴⁵ Sur les objectifs et les types de recours pouvant être exercés par l'action collective, voir généralement Lafond, « Définition », *supra* note 43 aux para 3, 10; Lafond, « Voie d'accès », *supra* note 43.

⁴⁶ *Supra* note 4. Voir *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et d'autres dispositions législatives*, LQ 2009, c 51.

⁴⁷ *Ibid.* Cependant, un tel recours ne peut être intenté à l'égard de clauses contenues dans un bail résidentiel puisque, nous le rappelons, ce contrat est exclu de l'application de la *Lpc*, *supra* note 4, arts 6–6.1.

⁴⁸ À ce sujet, voir Lafond, *Protection*, *supra* note 7 aux para 723-25.

⁴⁹ Pour une information générale sur les clauses abusives en droit belge, voir Patrick Wéry, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans

roduite par la *Loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur*, du 14 juillet 1991. Cette matière, de pur droit de la consommation — en ce sens qu'elle ne concerne que les relations entre professionnels et consommateurs et tend à protéger ces derniers — fait l'objet d'une directive européenne adoptée en 1993, soit *Directive 1993/93/CEE*⁵⁰.

Pour bien comprendre l'impact d'une telle directive et l'articulation entre le droit de l'Union européenne et les droits nationaux des États membres de l'Union, il est utile de savoir ceci.

On distingue en droit de l'Union européenne le droit primaire et le droit dérivé. Le droit primaire comprend tout d'abord les traités, lesquels ont fait l'objet de négociations directes entre les gouvernements des États membres et ont été ratifiés par les parlements nationaux. S'y ajoutent les principes généraux du droit de l'Union, consacrés de façon purement pré-torienne par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Ensemble, les traités et les principes généraux occupent le sommet de la hiérarchie des normes de l'Union européenne.

Le droit dérivé se compose de toute la législation fondée sur les traités et adoptée en vue de mettre ceux-ci en œuvre, en particulier (mais pas seulement) : les règlements et les directives. Les règlements sont directement applicables et obligatoires dans tous les États membres sans qu'il soit nécessaire d'adopter des dispositions d'exécution dans la législation nationale. En revanche, les directives sont des instruments de législation indirecte⁵¹, qui lient les États membres « quant au résultat à atteindre dans le délai qu'elles fixent, tout en laissant aux autorités nationales le choix de la forme et des moyens »⁵². Les directives doivent donc être transposées dans les différents ordres juridiques nationaux, conformément aux procédures prévues dans chaque État membre.

La Directive 93/13 sur les clauses abusives est par ailleurs dite d'harmonisation minimale en ce qu'elle laisse aux États membres de l'Union européenne une large marge de manœuvre en ce domaine : les

les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 » (2003) 38 J Tribun 797 et Alexandre Cruquenaire, « Les clauses abusives en pratique », dans Centre des Facultés universitaires catholiques pour le recyclage en droit, *Actualités de droit commercial*, coll « Recyclage en droit », Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 129.

⁵⁰ *Supra* note 12.

⁵¹ Voir Marianne Dony, *Droit de l'Union européenne*, 5^e éd, Lonrai, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2014 au para 461. Voir aussi Laurent Coutron, *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2011, aux pp 69–72; Kieran St C Bradley, « Legislating in the European Union » dans Catherine Barnard et Steve Peers, dir, *European Union Law*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2017 aux pp 99–101.

⁵² *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, C 326/1, art 288.

États membres peuvent renforcer la protection des consommateurs prévue par la directive, sans jamais pouvoir, au contraire, diminuer celle-ci⁵³.

La réglementation belge, aujourd'hui comprise dans le *Code de droit économique*, adopté en 2013, est plus protectrice que la directive européenne. C'est ainsi qu'au contraire de ce que prévoit la directive, elle s'applique tant aux contrats négociés individuellement qu'aux contrats d'adhésion. Elle comprend deux parties composées, d'une part, d'une norme générale et, de l'autre, d'un catalogue de normes spéciales, *per se* (presque deux fois plus long que le catalogue prévu par la directive : la liste de l'article VI.83 CDE comprend actuellement 33 clauses déclarées abusives en toutes circonstances⁵⁴ tandis que la directive prévoit simplement une liste de 17 clauses pouvant être déclarées abusives)⁵⁵. La juxtaposition d'une définition générale à une liste de clauses réputées abusives permet à la fois une flexibilité et une appréhension des droits des consommateurs. Cette approche en deux temps est avantageuse pour le consommateur.

La norme générale d'interdiction laisse un pouvoir d'appréciation important au juge; elle découle de la combinaison de l'article I.8, 22° et de l'article VI.82⁵⁶, § 1^{er} CDE. Est une clause abusive, celle qui crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties (article I.8, 22° CDE). Ce déséquilibre peut découler d'une clause considérée isolé-

⁵³ Cette option de protection plus stricte à l'avantage du consommateur est admise par l'art 8 de la Directive qui prévoit que : « Les États membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur ». Voir *Directive 93/13/CEE*, *supra* note 12, art 8. Sur cette question, voir Elke Swaenepoel, Sophie Stijns et Patrick Wéry, « Onrechtmatige bedingen — Clauses abusives » (2009) 84-85 *Dr consommation – Consumentenrecht* 142 à la p 174.

⁵⁴ Art VI.83 CDE (Le texte est disponible à l'annexe, *infra*).

⁵⁵ *Directive 93/13/CEE*, *supra* note 12, art 3 § 3 qui se lit ainsi : « L'annexe contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives ».

⁵⁶ Art VI.82 CDE :

Le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.

Pour l'appréciation du caractère abusif, il est également tenu compte de l'exigence de clarté et de compréhension visée à l'art VI.37, § 1^{er} CDE.

L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération d'une part, et les biens ou services à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible [notes omises].

ment ou d'une combinaison de clauses. Il s'apprécie en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en fonction de toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat. Seul un déséquilibre juridique (entre les droits et les obligations des parties) est pris en considération, à l'exception d'un déséquilibre économique, par exemple. « [I]l [...] incombe [ainsi au juge] de comparer la solution que prévoit le régime supplétif du Code civil (belge) [ou autrement dit le droit commun,] à celle qui découle de la clause contractuelle dérogatoire soumise à son appréciation »⁵⁷. Un tel étalon de comparaison comporte un avantage important : il légitime l'intervention judiciaire puisque la solution proposée par le législateur est présumée intrinsèquement juste⁵⁸. Il permet aussi une certaine cohérence dans l'application de la notion.

D'autre part, l'article VI.83 CDE comprend la liste noire des clauses réputées abusives, de manière irréfragable, en toutes circonstances. Si les conditions décrites dans l'un des alinéas de cette disposition sont établies, le juge doit considérer la clause comme abusive ; il ne doit pas, et ne peut pas, vérifier en outre si elle crée un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties. Une telle clause est immédiatement jugée illicite *per se* et privée d'effets juridiques. En ce sens, la norme générale de l'article VI.82 CDE n'agit qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire seulement si la clause ne figure pas dans l'énumération de clauses interdites⁵⁹.

Déjà avec sa liste noire de clauses illicites, il apparaît que le droit belge des clauses abusives protège les consommateurs, au moins en théorie, plus adéquatement que le droit québécois. Aussi, le droit belge n'exclut pas d'office les baux résidentiels et autres contrats de nature immobilière de la protection générale conférée aux consommateurs⁶⁰.

⁵⁷ Wéry, *supra* note 49 au para 10. Voir notamment Cour de cassation, 21 décembre 2009, *Hanciaux c CR*, (2009) C.08.0499.F à la p 4 (Belgique).

⁵⁸ Voir Grammond, *supra* note 11 à la p 105.

⁵⁹ Voir Wéry, *supra* note 49 au para 11; Swaenepoel, Stijns et Wéry, *supra* note 53 à la p 176. Cet article a d'abord été rédigé alors que les articles VI.82 et VI.83 Code de droit économique n'étaient pas en vigueur, et analysaient les clauses 31 et 32 qui sont très similaires. Il y a néanmoins concordance entre ces articles.

⁶⁰ Voir Cécile Delforge, « Les clauses abusives dans le bail d'immeuble conclu entre une entreprise et un consommateur » (2017) 116 *Dr consommation - Consumentenrecht (DCCR)* 3 à la p 5; Sophie Lebeau, « Les clauses abusives en matière de bail d'immeuble » dans Bénédicte Biemar et Benoît Kohl, dir, *Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels*, Anthemis et Éditions du Jeune Barreau de Liège : Limal et Liège, 2013, 45 à la p 45; Civ Amers, 2 décembre 2013, *Tijdschrift voor Bouwrecht en Onroerend Goed (TBO)*, 2014, liv 1, 33. Toutefois, la CJEU vient de déterminer, sur recours préjudiciel, que la réglementation des clauses abusives ne s'applique pas aux baux sociaux dont le texte est imposé par la loi :

L'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les con-

L'article I.1, 4° CDE définit les produits comme étant « les biens et les services, les biens immeubles, les droits et les obligations »⁶¹.

En observant les clauses contractuelles relevées dans la présente étude, il apparaît que plusieurs de celles-ci sont réputées abusives *per se*, en toutes circonstances, par l'article IV.83 CDE. Ainsi, les exclusions ou limitations de responsabilité contreviennent aux paragraphes 13, 25 et 30 de l'article VI.83 CDE⁶². Selon ces dispositions, il est abusif pour l'entreprise d'inclure au contrat une clause par laquelle elle tente de s'exclure de sa responsabilité pour une prestation principale du contrat. De même, il est abusif de limiter sa responsabilité en matière de préjudice corporel⁶³ et de restreindre de manière inappropriée les droits légaux du consommateur en cas d'inexécution des obligations de l'entreprise.

Par ailleurs, les clauses de modification des conditions de fourniture des services peuvent être considérées abusives en vertu du paragraphe 4 de l'article VI.83 CDE⁶⁴. Les services fournis par les entreprises de location, de télécommunications ou de services financiers font généralement l'objet d'une grande publicité et font partie des éléments distinctifs sur lesquels le consommateur base son choix. Il nous apparaît donc qu'il est abusif pour l'entreprise de se réserver le droit de retirer de tels services ou d'en modifier les modalités d'accès.

Finalement, la dernière série de clauses mentionnées constate l'adhésion du consommateur à des clauses illicites et abusives dont on peut penser qu'il n'a pas pris connaissance avant la conclusion du contrat,

sommateurs, doit être interprété en ce sens que cette directive ne s'applique pas aux conditions figurant dans le contrat de bail social conclu entre une société de logement social agréée et un locataire, qui sont déterminées par une réglementation nationale telle que l'article 11 du contrat de bail type annexé au Besluit van de Vlaamse Regering tot reglementering van het sociale huurstelsel ter uitvoering van titel VII van de Vlaamse Wooncode (arrêté du gouvernement flamand réglementant le régime du bail social et portant exécution du titre VII du code flamand du logement), du 12 octobre 2007 (*Woonhaven Antwerpen BV CVBA c Berkani*, C-446/17, [2017] Rec CE 954 au para 34).

⁶¹ « [O]n entend par : 1° entreprise : toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations » (art I.1 CDE). Quant au service, celui-ci est défini à l'art I.1, 5° CDE comme « toute prestation effectuée par une entreprise dans le cadre de son activité professionnelle ou en exécution de son objet statutaire ». Par ailleurs, l'entreprise comprend aussi l'association sans but lucratif : voir Jacques Laffineur, « Le sort des clauses abusives dans le contrat "hôpital-patient" : une jurisprudence exemplaire », Note, (2013) 99 Dr consommation – Consumentenrecht (DCCR) 72 à la p 73.

⁶² *Supra* note 54.

⁶³ Le droit québécois prévoit aussi une disposition semblable à l'art 1474 CcQ.

⁶⁴ *Supra* note 54.

le tout en contravention du paragraphe 26 de l'article VI.83 CDE⁶⁵. Une de ces clauses autorise de même d'une manière non seulement abusive, mais nous oserions dire infantilisante, la résiliation unilatérale d'un contrat à durée déterminée si le locataire refuse de se soumettre, à la satisfaction du propriétaire de la résidence, aux règles édictées ou aux directives formulées par les employés. Une telle clause est abusive selon le paragraphe 10 de l'article VI.83 CDE⁶⁶ et aussi selon nous, mais à titre surabondant, à la définition générale des clauses abusives (articles I.8, 22^o et VI.82, § 1^{er} CDE).

On ajoutera que, selon l'article VI.37 CDE, les clauses écrites d'un contrat entre une entreprise et un consommateur doivent être rédigées de manière claire et compréhensible⁶⁷.

En cas de doute, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut. Toutefois, cette règle d'interprétation ne s'applique pas dans le cadre d'une action en cessation, le but de celle-ci étant notamment d'éliminer par un ordre de cessation les clauses qui ne sont pas claires et compréhensibles⁶⁸. Conformément à la directive 93/13/CEE, le CDE prévoit que « [l']appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération d'une part, et les biens ou services à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible »⁶⁹. La CJUE en déduit qu'une clause d'un contrat de consommation qui n'est pas claire et compréhensible peut être une clause abusive même si elle porte sur la définition de l'objet principal du contrat, ou sur l'adéquation entre le prix et la rémunération d'une

⁶⁵ *Ibid.* Voir aussi à ce sujet, Laurent de Brouwer, « L'obligation de transparence dans la rédaction des conditions générales et leur interprétation en droit de la consommation » dans Paul Alain Foriers, dir, *Les conditions générales de vente*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 7 au para 19.

⁶⁶ *Supra* note 54.

⁶⁷ Mentionnons que l'art 1436 CcQ de même que l'art 25 *Lpc* (*supra* note 4) (article ne s'appliquant qu'aux contrats nécessitant un écrit selon la *Lpc*, art 23) sont au même effet, mais que la jurisprudence actuelle semble démontrer une interprétation plus restrictive de la notion d'incompréhensibilité que celle plus étendue de l'art VI.37 CDE. Notamment, la règle « des plusieurs interprétations possibles » identifiée dans l'arrêt *Van Hove c CNP Assurances SA*, C-96/14, [2015] REC CE 262 [*Van Hove*] et explicitée plus amplement ci-bas n'a pas, à notre connaissance, encore d'équivalent en droit québécois. D'ailleurs, les auteurs Benoît Moore et Didier Lluelles soulignent « la faible utilisation de la notion [de clause incompréhensible] par les plaideurs et la réticence des tribunaux dans la mise en œuvre de cette dernière » (Lluelles et Moore, *supra* note 14).

⁶⁸ Sur ces questions, voir Alex Nicolas et Christophe Verdure, « L'interprétation des contrats et la protection du consommateur » dans Christophe Verdure, dir, *Contrats et protection des consommateurs*, Limal, Anthemis, 2016, 155 aux pp 173–76.

⁶⁹ Art VI.82, al 3 CDE.

part, et les biens ou services à fournir en contrepartie, d'autre part. La notion de « rédaction claire et compréhensible » induit une exigence de transparence qui doit être entendue de manière extensive, vu la position vulnérable du consommateur, et « ne saurait [notamment] être réduite au seul caractère compréhensible sur les plans formel et grammatical de celles-ci »⁷⁰. Ainsi, ne respectera pas cette condition, une clause pouvant être comprise de différentes manières, de sorte qu'il y a un doute quant au fait que le consommateur ait pu correctement évaluer les conséquences économiques qui découlent pour lui de la conclusion du contrat⁷¹.

En droit belge, les clauses abusives sont interdites et nulles⁷². Le consommateur ne peut renoncer d'avance au bénéfice des droits qui lui sont

⁷⁰ *Van Hove*, *supra* note 67 au para 40. Voir aussi *Lupean c SC OTP BAAK Nyrt*, C-119/17 au para 24, [2018] Rec CE 201 ECLI; *Andriciuc c Banca Românească SA*, C-186/16, [2017] Rec CE 70 aux para 44–45; *Banco Primus SA c García*, C-421/14, [2017] Rec CE 60 ECLI. On remarquera que la CJUE a nuancé son approche sur ce point puisqu'elle ne considère plus aujourd'hui que le caractère abusif d'une clause découle automatiquement du constat que cette clause n'est pas claire et compréhensible (comparativement à sa jurisprudence antérieure : *Kásler et Káslerné Rábai c OTP Jelzálogbank Zrt*, C-26/13, [2014] Rec CE 282 au para 68 [*Kásler*] : « cette exigence de rédaction claire et compréhensible s'applique en tout état de cause, y compris lorsqu'une clause relève de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13 et échappe donc à l'appréciation de son caractère abusif visée à l'article 3, paragraphe 1, de cette directive »). Voir *ibid* aux para 71–72. Voir aussi de Brouwer, *supra* note 65.

⁷¹ Voir *Van Hove*, *supra* note 67 aux para 40–50, ainsi qu'au dispositif de la décision qui se lit ainsi :

L'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprété en ce sens qu'une clause stipulée dans un contrat d'assurance et visant à garantir la prise en charge des échéances dues au prêteur en cas d'incapacité totale de travail de l'emprunteur ne relève de l'exception figurant à cette disposition que pour autant que la juridiction de renvoi constate :

d'une part, que, eu égard à la nature, à l'économie générale et aux stipulations de l'ensemble contractuel auquel elle appartient, ainsi qu'à son contexte juridique et factuel, cette clause fixe un élément essentiel dudit ensemble qui, comme tel, caractérise celui-ci et

d'autre part, que ladite clause est rédigée de manière claire et compréhensible, c'est-à-dire qu'elle est non seulement intelligible pour le consommateur sur un plan grammatical, mais également que le contrat expose de manière transparente le fonctionnement concret du mécanisme auquel se réfère la clause concernée ainsi que la relation entre ce mécanisme et celui prescrit par d'autres clauses, de sorte que ce consommateur soit mis en mesure d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui (*ibid* au para 51).

⁷² Voir art VI.84, § 1^{er} CDE.

conférés par cette réglementation⁷³. La CJUE a reconnu aux juges nationaux la faculté, et même l'obligation, de soulever d'office le caractère abusif d'une clause comprise dans un contrat de consommation⁷⁴. Cette obligation pour le juge d'intervenir d'office se justifie de la manière suivante :

L'objectif poursuivi par l'article 6 de la directive, qui impose aux États membres de prévoir que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs, ne pourrait être atteint si ces derniers devaient se trouver dans l'obligation de soulever eux-mêmes le caractère abusif de telles clauses. Dans des litiges dont la valeur est souvent limitée, les honoraires d'avocat peuvent être supérieurs à l'intérêt en jeu, ce qui peut dissuader le consommateur de se défendre contre l'application d'une clause abusive. S'il est vrai que, dans nombre d'États membres, les règles de procédure permettent dans de tels litiges aux particuliers de se défendre eux-mêmes, il existe un risque non négligeable que, notamment par ignorance, le consommateur n'invoque pas le caractère abusif de la clause qui lui est opposée. Il s'ensuit qu'une protection effective du consommateur ne peut être atteinte que si le juge national se voit reconnaître la faculté d'apprécier d'office une telle clause⁷⁵.

Lorsqu'il considère une clause comme étant abusive, le juge doit donc annuler celle-ci, sauf si le consommateur s'y oppose. Il lui est en effet possible, en toute connaissance de ses droits, de renoncer à ceux-ci, ce qui exclut, encore une fois, toute renonciation à l'avance⁷⁶.

Ainsi, à la lumière de la législation protégeant les droits de consommateurs, il apparaît que le consommateur belge qui conclut un contrat comprenant les clauses citées bénéficie d'une protection beaucoup plus large que celle offerte par le droit québécois. Nous pouvons penser que de telles clauses ne seraient pas tolérées et qu'un recours pourrait être envisagé, notamment par une association de défense des consommateurs ou une entreprise concurrente, pour faire imposer une plus grande discipline

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Selon la décision de la Cour européenne de justice, le juge peut constater d'office le caractère abusif sans que le consommateur ait à le demander et en tirer toutes les conséquences prévues par la législation nationale, voir *Jörös c Aegon Magyarország Hital Zrt*, C-397/11, [2013] Rec CE 340 au para 42, ECLI. Cet arrêt confirme une série de décisions de la Cour européenne de justice : *Océano Grupo Editorial SA c Murciano Quintero*, C-240/98–C-244/98, [2000] Rec CE I-4963 [*Océano*]; *Cofidis SA c Fredout*, C-473/00, [2002] Rec CE I-10898; *Pannon GSM Zrt c Sustikné Győrfi*, C-243/08, [2009] Rec CE I-04713 [*Pannon*]).

⁷⁵ *Océano*, *supra* note 74 au para 26.

⁷⁶ Voir *Pannon*, *supra* note 74.

juridique à ces entreprises délinquantes. Nous l'avons mentionné, un tel recours pourrait prendre la forme d'une action en cessation⁷⁷.

Par l'action en cessation « comme en référé », le demandeur peut obtenir rapidement et sur le fond qu'il soit interdit au défendeur de faire usage des clauses abusives contenues dans ses contrats et/ou ses conditions générales. Conformément aux préceptes édictés par la CJUE, l'interdiction peut être réclamée alors même qu'elles « n'auraient pas été utilisées dans [un ou]des contrats déterminés, mais seulement recommandés par des [entreprises ou une association de celles-ci] »⁷⁸. Une règle spécifique, particulièrement efficace, a été introduite à ce propos : dans le cas où plusieurs entreprises du même secteur économique utilisent des conditions générales identiques ou similaires, l'action en cessation peut être dirigée contre une seule entreprise du groupe ou conjointement contre elles, en y incluant de plus toute association regroupant ces entreprises et recommandant à celles-ci l'usage des clauses incriminées⁷⁹.

Les avantages de l'action en cessation telle qu'elle a été imaginée et est organisée en droit belge depuis les années 1930⁸⁰ sont nombreux, tant sur le plan de la procédure que des délais. Les actions en cessation sont dites, en Belgique, « comme en référé », en ce sens qu'elle suit les formes,

⁷⁷ Voir art XVII.1^{er} CDE : « Le président du tribunal de commerce constate l'existence et ordonne la cessation d'un acte, même pénalement réprimé, constituant une infraction aux dispositions du présent Code [...] ». Sur l'action en cessation, voir généralement Dominique Mougenot, « L'action en cessation », dans *Actualités de droit commercial*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 52; Andrée Puttemans, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruxelles, Bruylant, 2000 à la p 109 et s.

⁷⁸ *Commission c République italienne*, C-372/99, [2002] Rec CE I-838 au para 15. La Cour affirme notamment : « Il s'ensuit que l'article 7, paragraphe 3, de la directive doit être interprété en ce sens qu'il requiert la mise en place de procédures pouvant également être dirigées contre des comportements se bornant à recommander l'utilisation de clauses contractuelles à caractère abusif » (*ibid* au para 16). Un tel recours préventif est considéré de nature extracontractuelle (voir *Verein für Konsumenteninformation c Heinz Henkel*, C-167/00, [2002] Rec CE I-8126 au para 41; Harold Kobina Gaba, « Nature de l'action juridictionnelle en suppression des clauses abusives d'un contrat », Note, (2002) D 3200 aux pp 3200–02).

⁷⁹ Voir art XVII.12 CDE : « L'action en cessation des actes interdits par l'article VI. 84 peut être dirigée, séparément ou conjointement, contre plusieurs entreprises du même secteur économique ou leurs associations qui utilisent ou recommandent l'utilisation des mêmes clauses contractuelles générales, ou de clauses similaires. »

⁸⁰ Et qui ne doit pas être confondue avec les actions en cessation visées par la CE, *Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs*, [2009] JO, L 110/30. Si l'action en cessation « comme en référé » à la belge entre dans la catégorie des actions en cessation visée par cette directive, l'inverse n'est pas vrai. L'action en cessation « comme en référé » possède plusieurs caractéristiques qui en font l'efficacité et qui ne sont pas exigées par la directive.

procédures et délais du référé⁸¹, une forme de procédure interlocutoire. Cependant, contrairement à la procédure en référé, la décision en matière d'action en cessation aboutit à un jugement tranchant le fond du litige, qui n'est pas provisoire et qui est revêtu de la pleine autorité de la chose jugée. Ce sont les présidents des tribunaux, siégeant en chambre des cessations, qui sont compétents pour connaître de ces actions. L'urgence à agir ne doit pas être démontrée. Très souvent, l'ordre de cessation est assorti de la condamnation à payer une astreinte⁸², une forme de cautionnement, au demandeur pour le cas où cet ordre ne serait pas respecté ; il peut aussi être assorti d'un ordre de publication ou d'affichage⁸³.

⁸¹ Voir art XVII.6 CDE :

L'action est formée et instruite selon les formes du référé.

Elle peut être introduite par requête contradictoire conformément aux articles 1034ter à 1034sexies du Code judiciaire.

Le jugement est exécutoire par provision, nonobstant tout recours et sans caution.

Toute décision rendue sur une action fondée sur les articles XVII. 1^{er} et XVII. 2 est, dans la huitaine, et à la diligence du greffier de la juridiction compétente, communiquée au ministre, sauf si la décision a été rendue à sa requête.

En outre, le greffier est tenu d'informer sans délai le ministre du recours introduit contre toute décision rendue en application des articles XVII. 1^{er} et XVII. 2.

Lorsque la décision concerne un contrevenant exerçant une profession réglementée relevant d'une autorité professionnelle, elle est, en outre, communiquée à l'autorité professionnelle compétente. De même, le greffier de la juridiction devant laquelle un recours est introduit contre une telle décision est tenu d'en informer sans délai l'autorité professionnelle compétente. » [notes omises].

⁸² Pour plus d'informations sur l'astreinte en droit belge, voir Jacques van Compernelle et Georges de Leval, *L'astreinte*, 3^e éd, Bruxelles, Larcier, 2013.

⁸³ Voir art XVII.4 CDE :

Le président du tribunal de commerce peut autoriser l'affichage de sa décision ou du résumé qu'il en rédige, pendant le délai qu'il détermine, aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur des établissements du contrevenant et ordonner, selon la manière qu'il jugera appropriée, la publication de son jugement ou de son résumé par la voie de journaux ou de toute autre manière, le tout aux frais du contrevenant.

Ces mesures de publicité ne peuvent toutefois être autorisées que si elles sont de nature à contribuer à la cessation de l'acte incriminé ou de ses effets.

Le président du tribunal de commerce fixe le montant que la partie à qui une mesure de publicité a été accordée conformément à l'alinéa 1^{er} et qui a exécuté la mesure malgré un recours introduit à temps contre le jugement, devra payer à la partie au détriment de laquelle la mesure de publicité a été prononcée, si celle-ci est annulée en appel [notes omises].

C'est ainsi qu'ont été engagées, souvent avec succès, des actions contre plusieurs entreprises, comme les compagnies aériennes⁸⁴ ou les banques⁸⁵.

Il faut reconnaître toutefois qu'en pratique, bien que l'arsenal législatif belge soit théoriquement plus favorable que celui offert par le droit québécois en pareil cas, les actions provenant des associations de consommateurs sont assez rares, bien que fort efficaces. Ce phénomène a plusieurs causes dont les principales nous paraissent liées au double fait que le droit d'agir en cessation pour la défense de tels intérêts collectifs est réservé à un petit nombre d'associations de défense des consommateurs qui doivent être accréditées⁸⁶ et qu'aucun mécanisme de financement public de ces actions n'a été organisé. Ce problème pourrait toutefois être résolu en ouvrant davantage l'action en cessation pour la défense d'intérêts collectifs et en finançant publiquement ces actions sur le modèle du Fonds québécois d'aide à l'action collective. Sur ce point, l'expérience du Québec concernant les actions collectives et la transposition des principes applicables à celle-ci en matière d'action en cessation serait fort profitable.

Par contre, en plus des associations de consommateurs désignées, l'action en cessation fondée sur l'article XVII.1^{er} CDE est ouverte à tout intéressé, au Ministre compétent pour la matière concernée ainsi qu'aux groupements et autorités professionnels dotés de la personnalité juridique⁸⁷. Ce large libellé permet aux entreprises de se poursuivre entre elles pour faire cesser l'usage de certaines clauses. D'ailleurs, originellement, l'action en cessation a été créée par le législateur belge, dans les années 1930, en période de crise, afin de permettre aux entreprises de lutter contre la concurrence déloyale⁸⁸. Cette action a très vite connu, et connaît toujours, un grand succès, dû à la rapidité et à l'efficacité, déjà discutées, qui la caractérisent. Cependant, bien qu'elle soit redoutée par certaines entreprises, il est clair que plusieurs entreprises d'un même secteur éviteront de se poursuivre entre elles. Il s'agit certainement d'une pratique liée à la standardisation des contrats au sein d'une même industrie. Comment penser qu'une entreprise attaquera la validité d'une clause si elle utilise une clause semblable au sein de ses contrats ? Il est donc nécessaire que les associations de consommateurs puissent bénéficier d'un véritable accès, y compris au plan financier, à ce recours, afin sa portée

⁸⁴ Voir par ex Cour d'appel, septième chambre, Liège, 30 janvier 2014, *Association belge des consommateurs Test-achats ASBL c Brussels Airlines SA*, (2012) RG 734 (Belgique).

⁸⁵ Voir par ex Cour d'appel, douzième chambre, Liège, 26 janvier 2007, *Dexia c Association belge des consommateurs Test-Achats*, (2007) *Droit bancaire et financier - Bank- en Financieel Recht* 344 (Belgique).

⁸⁶ Voir art XVII.7, al 4 CDE.

⁸⁷ Voir art XVII.7, al 1-3 CDE.

⁸⁸ Voir Puttemans, *supra* note 77 à la p 109.

soit véritablement redoutable, notamment pour les grandes entreprises au sein de certaines industries.

Conclusion

Bien que cela ait été suggéré à de nombreuses reprises, le droit québécois, y compris dans la Loi sur la protection du consommateur, ne contient pas de liste de clauses réputées abusives, telle celle que l'on retrouve à l'article VI.83 CDE. Il en résulterait pourtant une clarté bénéfique au consommateur. Si une disposition générale permet une grande flexibilité au juge, elle nuit à l'appréhension des droits des consommateurs. Clairement, le manque de cohérence, d'harmonie structurée et de cohésion nuit à l'application effective de ces dispositions. Il s'agit d'un premier enseignement du droit européen, et plus spécialement du droit belge, en matière de protection des consommateurs contre les clauses abusives. Plus les dispositions législatives sont précises et cohérentes, plus les consommateurs sont susceptibles de mieux connaître et faire valoir leurs droits. La simplicité et la clarté encouragent l'accessibilité à la justice⁸⁹. Le droit québécois pourrait aussi sanctionner plus clairement les clauses qui ne sont pas claires et facilement compréhensibles pour le consommateur. On peut penser que la rédaction de plusieurs contrats s'en trouverait ainsi simplifiée.

Le droit québécois peut de même instaurer un changement de paradigme pour être plus proactif en instaurant un recours à caractère préventif, telle l'action en cessation du droit belge. Il en résulterait très clairement une plus grande protection des droits des consommateurs parce que l'absence actuelle de véritables sanctions effectives et surtout accessibles encourage la délinquance aux règles de droit pourtant impératives. Grâce à une action en cessation⁹⁰, les clauses abusives ou illégales seraient plus aisément sanctionnées et retirées des contrats de consommation ou d'adhésion.

Le droit québécois de l'action collective a inspiré le législateur belge lorsque celui-ci a, tout récemment, organisé une action en réparation collective⁹⁰. Nous avons essayé de montrer que cet apport nourricier du droit

⁸⁹ Dans un rapport du GREDICC, il est recommandé de produire de telles listes afin de : simplifie[r] grandement la détection des abus dans les contrats de consommation et [...] faciliter la preuve par le consommateur d'une violation à la loi par l'entreprise. Elle aurait aussi l'avantage d'apporter cohérence et clarté au texte de la LPC actuelle en regroupant en un lieu unique des dispositions actuellement éparées. (GREDICC, *supra* note 15 à la p 130).

⁹⁰ Voir art XVII.35 et s CDE. Sur l'impact du droit québécois sur le droit belge en matière d'action collective, voir Élodie Falla, *La réparation des dommages de masse : Proposi-*

comparé pourrait utilement se faire, en sens inverse cette fois, à propos de l'action en cessation des clauses abusives dans les contrats de consommation. Par contre, pour atteindre son plein potentiel, il semble qu'une éventuelle action en cessation québécoise devrait, à l'instar de l'action collective, être largement ouverte aux associations de protection des droits des consommateurs et bénéficier d'un financement public, quitte à ce que l'entreprise fautive puisse être tenue à une forme de remboursement. Son efficacité n'en serait que doublement renforcée et ce sont tous les consommateurs québécois qui en bénéficieraient.

Annexe

Dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur, sont en tout cas abusives, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de :

1° prévoir un engagement irrévocable du consommateur, alors que l'exécution des prestations de l'entreprise est soumise à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté;

2° déterminer, dans les contrats à durée indéterminée, que le prix des produits est fixé au moment de la livraison ou permettre à l'entreprise d'augmenter unilatéralement le prix ou de modifier les conditions au détriment du consommateur sur la base d'éléments qui dépendent de sa seule volonté, sans que le consommateur ait le droit, dans tous ces cas, avant que le nouveau prix ou les nouvelles conditions s'appliquent, de mettre fin au contrat sans frais ou dommages-intérêts et sans lui laisser un délai raisonnable à cet effet.

- Sont toutefois autorisées et valides :

a) les clauses d'indexation de prix pour autant qu'elles ne soient pas illicites et que le mode d'adaptation du prix soit explicitement décrit dans le contrat;

b) les clauses selon lesquelles l'entreprise de services financiers se réserve le droit de modifier le taux d'intérêt dû par le consommateur ou dû à celui-ci, sans aucun préavis en cas de raison valable, pourvu que soit mise à la charge de l'entreprise l'obligation d'en informer le consommateur dans les meilleurs délais et que celui-ci soit libre de résilier immédiatement le contrat;

3° déterminer, dans les contrats à durée déterminée, que le prix des produits est fixé au moment de la livraison ou permettre à l'entreprise d'augmenter unilatéralement le prix ou de modifier les conditions au détriment du consommateur sur la base d'éléments qui dépendent de sa seule volonté, même si la possibilité de mettre fin au contrat est alors offerte au consommateur. Les exceptions prévues au 2°, alinéa 2, s'appliquent également en ce qui concerne le cas visé à l'alinéa 1er;

4° réserver à l'entreprise le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du produit à livrer, si ces caractéristiques revêtent un caractère essentiel pour le consommateur ou pour l'usage auquel le consommateur destine le produit, pour autant du moins que cet usage ait été communiqué à l'entreprise et accepté par elle ou qu'à défaut d'une telle spécification, cet usage ait été raisonnablement prévisible;

5° fixer ou modifier unilatéralement le délai de livraison d'un produit;

6° accorder à l'entreprise le droit de déterminer unilatéralement si le produit livré est conforme au contrat, ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat;

7° interdire au consommateur de demander la résolution du contrat dans le cas où l'entreprise n'exécute pas ses obligations;

8° restreindre le droit du consommateur de résilier le contrat lorsque, dans le cadre de son obligation de garantie contractuelle, l'entreprise ne respecte pas ou ne respecte pas dans un délai raisonnable son obligation de réparer ou de remplacer le bien;

9° obliger le consommateur à exécuter ses obligations, alors que l'entreprise n'aurait pas exécuté les siennes ou serait en défaut d'exécuter les siennes;

10° sans préjudice de l'article 1184 du Code civil, autoriser l'entreprise à mettre fin unilatéralement au contrat à durée déterminée, sans dédommagement pour le consommateur, hormis le cas de force majeure;

11° sans préjudice de l'article 1184 du Code civil, autoriser l'entreprise à mettre fin unilatéralement au contrat à durée indéterminée sans un délai de préavis raisonnable, hormis le cas de force majeure;

12° en cas de force majeure, n'autoriser le consommateur à rompre le contrat que moyennant le paiement de dommages-intérêts;

13° libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute lourde ou de celle de ses préposés ou mandataires, ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat;

14° supprimer ou diminuer la garantie légale en matière de vices cachés, prévue par les articles 1641 à 1649 du Code civil, ou l'obligation légale de délivrance d'un bien conforme au contrat, prévue par les articles 1649bis à 1649octies du Code civil;

15° fixer un délai déraisonnablement court pour signaler à l'entreprise des défauts dans le produit livré;

16° interdire au consommateur de compenser sa dette envers l'entreprise par une créance qu'il aurait sur elle;

17° déterminer le montant de l'indemnité due par le consommateur qui n'exécute pas ses obligations, sans prévoir une indemnité du même ordre à charge de l'entreprise qui n'exécute pas les siennes;

18° engager le consommateur pour une durée indéterminée, sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation;

19° proroger le contrat à durée déterminée de livraison successive de biens pour une durée déraisonnable si le consommateur ne résilie pas à temps;

20° proroger automatiquement un contrat à durée déterminée en l'absence d'une notification contraire du consommateur, alors qu'une date excessivement éloignée de la fin du contrat a été fixée comme date limite pour exprimer cette volonté de non-prorogation de la part du consommateur;

21° limiter de manière non autorisée les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser ou lui imposer une charge de la preuve qui incombe normalement à une autre partie au contrat;

22° faire renoncer le consommateur, en cas de conflit, à tout moyen de recours contre l'entreprise;

23° désigner un juge autre que celui désigné par l'article 624, 1°, 2° et 4°, du Code judiciaire, sans préjudice de l'application du Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale;

24° fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations du consommateur qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise;

25° exclure ou limiter la responsabilité légale de l'entreprise en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci et résultant d'un acte ou d'une omission de cette entreprise;

26° constater de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat;

27° permettre à l'entreprise de retenir des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir le droit, pour le consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part de l'entreprise lorsque c'est cette dernière qui renonce;

28° permettre à l'entreprise de retenir les sommes versées par le consommateur lorsque c'est l'entreprise elle-même qui résilie le contrat;

29° restreindre l'obligation de l'entreprise de respecter les engagements pris par ses mandataires, ou de soumettre ses engagements au respect d'une formalité particulière;

30° exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis de l'entreprise ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'entreprise d'une quelconque de ses obligations contractuelles;

31° prévoir la possibilité de cession du contrat de la part de l'entreprise, lorsque cette session est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur, sans l'accord de ce dernier;

32° augmenter le prix annoncé d'un produit en raison du refus du consommateur de payer par domiciliation bancaire;

33° augmenter le prix annoncé pour un produit en raison du refus du consommateur de recevoir ses factures par courrier électronique. [notes omises].