

LE CONTRAT D'ADHÉSION

Brigitte LEFEBVRE

Volume 105, numéro 2, septembre 2003

10^E ANNIVERSAIRE DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045922ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045922ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

LEFEBVRE, B. (2003). LE CONTRAT D'ADHÉSION. *Revue du notariat*, 105(2), 439–490. <https://doi.org/10.7202/1045922ar>

LE CONTRAT D'ADHÉSION

Brigitte LEFEBVRE*

INTRODUCTION	441
1. LA NOTION DE CONTRAT D'ADHÉSION	442
1.1 La définition du contrat d'adhésion au <i>Code civil du Québec</i>	443
1.2 L'examen des éléments de la définition	446
1.2.1 Le caractère essentiel de la stipulation	446
1.2.2 L'origine de la rédaction du contrat	447
1.2.3 L'absence de négociation	450
1.3 Les cas d'application.	453
2. LES EFFETS DE LA QUALIFICATION DE CONTRAT D'ADHÉSION	455
2.1 La clause abusive	455
2.1.1 Les critères.	457
2.1.1.1 Le caractère excessif et déraisonnable	457
2.1.1.2 L'entorse à la bonne foi	460
2.1.2 La portée de l'article 1437.	461

* Notaire et professeure à l'Université de Montréal.

2.1.3	Le moment de l'évaluation du caractère abusif	463
2.1.4	Les cas d'application	465
2.1.4.1	La clause qui dénature le contrat .	465
2.1.4.2	Les champs d'application fréquents.	466
2.1.4.3	Le cas de la clause pénale	469
2.2	La clause externe	470
2.2.1	La qualité de clause externe.	473
2.2.2	La connaissance de la clause lors de la formation du contrat	474
2.2.3	La connaissance déjà acquise de l'adhérent	476
2.3	La clause illisible ou incompréhensible	477
2.3.1	Le caractère illisible	478
2.3.2	Le caractère incompréhensible	479
2.3.3	La qualité du cocontractant.	482
2.3.4	Le préjudice	483
2.3.5	L'absence ou la présence d'explications adéquates	485
2.4	La portée de la nullité	486
2.5	Le potentiel d'interprétation favorable au contrat	487
	CONCLUSION	490

INTRODUCTION

Traditionnellement, il était inconcevable, eu égard au principe de l'autonomie de la volonté, qu'une partie au contrat ait conclu une entente dont les modalités allaient à l'encontre de ses intérêts. Ce qui était voulu était donc réputé juste, le contrat étant la loi des parties. Il était donc impossible d'atténuer la portée du contrat ou de le modifier, car cela aurait porté atteinte à la volonté des parties.

Aujourd'hui, le contrat résulte encore de la rencontre de deux volontés et une personne ne saurait être liée contractuellement contre son gré. La rencontre de deux volontés et la création du contrat qui en résulte n'impliquent pas nécessairement que le contenu ait pu être négocié et déterminé par les deux contractants. La volonté réside souvent dans le seul fait d'avoir accepté les termes d'un contrat¹. C'est le phénomène du contrat d'adhésion. Le contractant adhère ou non au contrat qui lui est proposé. C'est le seul espace où sa volonté peut s'exercer. Qui dit contrat d'adhésion, ne dit pas nécessairement abus. Le contrat d'adhésion répond souvent à une nécessité du contexte économique.

Toutefois, pour atténuer les conséquences du principe de la liberté contractuelle et les abus qui peuvent en découler, le législateur a décidé d'introduire des règles particulières au contrat d'adhésion permettant au juge, soit de tenir compte de cette absence de discussion² lors de l'interprétation du contrat et de

1. Dans certains cas, l'espace de liberté est très restreint. On peut se demander quel est le rôle de la volonté de contracter ou de ne pas contracter, lorsqu'il s'agit par exemple d'un contrat sur les biens nécessaires à la vie, telle l'électricité. Cette problématique est l'objet d'un autre débat et ne sera pas discutée dans le cadre du présent texte.
2. Pour notre part, nous croyons qu'il aurait été légitime d'introduire la notion de clause d'adhésion, car des abus peuvent tout autant résulter lorsqu'une partie seulement du contenu est imposée. Le principe de la liberté contractuelle ne se justifie que lorsqu'il peut jouer. Sur le concept de clause d'adhésion, voir : Michel COIPEL, « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », (1990) 24 *R.J.T.* 485, 500. Le concept de clause d'adhésion a d'ailleurs déjà été retenu dans *Industries Ultratainer inc. c. Rosenberg*, J.E. 97-2125 (C.S.). La Cour d'appel a rejeté l'appel pour d'autres motifs et n'a pas eu à discuter de la notion de clause d'adhésion. Sur la sanction des clauses abusives dans les contrats de gré à gré, voir : Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 247 et s. (à suivre...)

favoriser l'adhérent, soit d'annuler ou de priver d'effets certaines clauses du contrat³. Cette intervention législative s'inscrit dans la foulée de l'émergence d'une nouvelle philosophie contractuelle fondée sur l'idée de justice et mise au premier plan par la codification du principe de la bonne foi.

Les dispositions spécifiques au contrat d'adhésion sont complémentaires et visent principalement à contrôler les abus qui peuvent influencer le contenu du contrat. Dans un tel cas, ce n'est pas l'existence du lien contractuel qui est remise en question, mais bien le contenu du contrat qui est abusif. La Cour d'appel a eu le loisir de rappeler qu'il est inutile de qualifier le contrat de contrat d'adhésion, lorsque la question est de déterminer si un contractant a donné un consentement éclairé⁴. Si le consentement n'est pas libre et éclairé, le contrat peut être annulé ou les obligations réduites, qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion ou de gré à gré, dans la mesure où l'on est en présence d'un vice de consentement. Il est difficile toutefois d'exclure de la portée de ces règles la protection du caractère éclairé du consentement, car les dispositions traitant des clauses externes et des clauses illisibles visent à s'assurer que l'adhérent connaît l'étendue de ses obligations contractuelles tandis que les dispositions traitant des clauses incompréhensibles visent à assurer l'intelligence du consentement. L'absence de consentement porte alors sur la portée des engagements contractuels et non sur la volonté de s'engager.

1. LA NOTION DE CONTRAT D'ADHÉSION

Avant d'étudier ces règles particulières, il est nécessaire de déterminer à quel contrat elles s'appliquent. Le législateur a donc défini à l'article 1379 ce qu'est un contrat d'adhésion⁵.

(...suite)

D'autres auraient favorisé la réforme de certains secteurs du droit, tel le droit du travail et des assurances plutôt qu'une réforme du droit général des contrats. Marc LEMIEUX, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », (2001) 42 *C. de D.* 841, 845.

3. Pour certains il aurait été suffisant d'introduire le principe de la lésion entre majeurs tout en appliquant de façon moins restrictive les vices de consentement. Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 2001, n° 26, p. 70.

4. *Roy c. Walker*, J.E. 2000-1120 (C.A.).

5. Les dispositions particulières qui s'appliquent au contrat d'adhésion s'appliquent également au contrat de consommation tel que défini à l'article 1384. La plupart des contrats de consommation peuvent être qualifiés de (à suivre...)

1.1 La définition du contrat d'adhésion au Code civil du Québec

Le Code civil définit le contrat d'adhésion à l'article 1379 comme suit :

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

Cette définition était nécessaire, car la notion de contrat d'adhésion ne faisait pas l'unanimité en doctrine⁶. Son intérêt réside dans le fait de préciser cette notion en droit québécois. Le contrat sera d'adhésion si deux critères sont réunis soit : l'imposition des stipulations essentielles et l'impossibilité de les négocier⁷. Le législateur a refusé de retenir comme critères essentiels pour conclure à un contrat d'adhésion, les situations de monopoles ou de quasi-monopoles, la dépendance économique⁸ ou le fait d'avoir la liberté de contracter ailleurs ce qui aurait eu comme effet de limiter la portée des mesures protectrices. Les auteurs Baudouin et Jobin s'expriment ainsi : « du point de vue juridique, ne sont donc pas pertinentes aujourd'hui l'existence d'un monopole de droit ou

(...suite)

contrats d'adhésion par la définition du Code; ainsi, les tribunaux cherchent rarement à qualifier le contrat de contrat de consommation. En conséquence, un *corpus* jurisprudentiel propre au contrat de consommation ne s'est pas développé. Pierre-Claude LAFOND, « Contours et ramifications de la « nouvelle » définition du contrat de consommation au *Code civil du Québec* », (1996) 56 *R. du B.* 569, 601.

6. Le professeur Moore a recensé une quarantaine de définitions qui contiennent plus de 13 caractéristiques. Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 25 *R.J.T.* 177, 204. Sur la notion de contrat d'adhésion sous le C.c.B.C. et sous le C.c.Q., voir : Nathalie CROTEAU, *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 83-93.
7. Il est donc erroné de qualifier un contrat de contrat d'adhésion parce que les clauses avantageant presque uniquement un des contractants. *2632-7502 inc. c. Pizza Pizza Canada inc.*, J.E. 95-1568 (C.S.), B.E. 2000BE-399 (C.A.) (appel accueilli en partie uniquement sur le quantum des dommages). Ce qui qualifie un contrat d'adhésion c'est l'imposition des dispositions essentielles et l'impossibilité pour le cocontractant d'en négocier le contenu. L'analyse ne doit pas se faire par rapport à l'avantage ou au désavantage que procure le contrat pour l'une ou l'autre des parties. Le fait que le contrat n'avantage que l'une des parties peut toutefois être un indice que le contenu a été imposé et qu'il ne pouvait être négocié.
8. Il n'en demeure pas moins que dans de telles situations, le contrat sera la plupart du temps un contrat d'adhésion.

de fait, la possibilité de faire affaires avec un concurrent, la compétence dans le domaine concerné ni la puissance économique ou commerciale »⁹. Ainsi, contrairement à certains auteurs¹⁰, il nous apparaît difficile d'affirmer que l'article reprend la notion de contrat d'adhésion qui avait été dégagée par la jurisprudence sous le *Code civil du Bas Canada*.

Le contrat d'adhésion n'est donc pas limité à la qualité de l'une des parties ni au type de contrat. C'est la situation factuelle qu'il faut analyser¹¹. L'examen de la jurisprudence nous amène à constater que les tribunaux qualifient souvent le contrat d'adhésion sans s'attarder à justifier explicitement cette qualification par une analyse des critères énoncés à l'article 1379. Ils font une évaluation globale de la situation. Cette attitude s'explique en partie par le fait que l'exercice de qualification n'est souvent que la première étape qui donne ouverture à l'application des règles contenues aux articles 1435 et suivants. En effet, le seul cas où la qualification de contrat d'adhésion entraîne automatiquement l'application d'une règle est le cas de l'article 1432. Ils s'attardent plutôt à scruter les faits lorsqu'il s'agit de donner ouverture à l'application des articles 1435, 1436 ou 1437. Pourtant ces critères devraient être prouvés par celui qui les invoque¹².

Certains auteurs considèrent cette définition comme incomplète¹³ et sont d'avis que l'article 1379 énonce les critères sur lesquels la doctrine s'entend. Pour ces derniers, la force inégale des contractants est un critère sous-entendu ou implicite de la notion

9. Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 51, p. 68.

10. Didier LLUELLES, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 196, p. 96.

11. En effet, le législateur a choisi de retenir le concept de contrat d'adhésion élaboré par Berlioz où l'accent est mis non pas sur la qualité des parties mais sur la situation de fait créée par la détermination unilatérale du contenu contractuel. Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1976.

12. *Mathieu c. Rénald Mathieu inc.*, J.E. 2000-235 (C.S.); *Petra ltée c. Ultramar Canada inc.*, [1994] R.D.I. 572 (C.S.); *2429-8952 Québec inc. c. Ville de Trois-Rivières*, [2001] R.J.Q. 2218 (C.A.). Dans cette affaire, la Cour d'appel est d'avis que l'impossibilité de négocier les stipulations essentielles n'a pas été prouvée. On tient compte du fait que le contractant était assisté de plusieurs professionnels lors de la signature des contrats. Par contre, dans un contexte de recours collectif, la cour est d'avis que la preuve du contrat d'adhésion n'a pas à être faite pour chacune des parties et que l'existence d'un contrat d'adhésion peut se prouver par une pratique générale adoptée par le stipulant. *Bergeron c. Sogidès ltée*, J.E. 2000-1808 (C.A.). Sur le fardeau de la preuve, voir : D. LLUELLES, *op. cit.*, note 10, n^{os} 206 et s., p. 102-104.

13. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 3, n° 26.1, p. 71.

de contrat d'adhésion et doit s'ajouter à cette définition¹⁴. Pour eux, l'inégalité existe lorsqu'une des parties a un poids économique ou des connaissances techniques qui lui confère une suprématie¹⁵. L'esprit de l'article 1379 devrait être voué de protéger le faible contre le fort.

La jurisprudence semble pour sa part se limiter à l'application des critères énoncés par l'article 1379¹⁶. L'arrêt clé dans le domaine a été rendu par la Cour d'appel en 1999. Dans l'affaire *Janin*¹⁷, la cour a clairement indiqué que le législateur n'avait pas retenu le critère du rapport inégal de force entre les parties pour qualifier un contrat d'adhésion. Certains ont critiqué cette décision¹⁸, d'autres ont accueilli favorablement l'orientation prise par la jurisprudence qui considère plutôt l'impossibilité de négocier que la qualité objective des parties en présence. Ils font remarquer que : « L'impossibilité de négocier peut procéder des circonstances mêmes de la transaction, et non forcément du seul cadre monopolistique ou presque du contrat concerné »¹⁹. Ce courant a été suivi par la suite.

14. *Ibid.* M. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 2, p. 841.

15. « Ce qui nous paraît important, c'est que l'une des parties, en raison de son poids économique ou de ses connaissances techniques, soit dans une situation privilégiée par rapport à l'autre. C'est pourquoi, la plupart du temps, les relations contractuelles entre particuliers ne donnent pas lieu à un contrat d'adhésion, même si celui qui fait une offre ferme et précise quant à son contenu refuse toute possibilité de négociation : il n'y a entre ces contractants, qui sont juridiquement sur un pied d'égalité, aucun déséquilibre économique ou technique justifiant l'application de règles particulières. ». J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 3, n° 26.1, p. 74.

16. La Cour supérieure a erronément conclu qu'un contrat était de gré à gré même si les conditions avaient été rédigées par l'un des contractants et ne pouvaient être négociées car le cocontractant jouissait d'un droit de dédit sans pénalité pendant un an. *Lefebvre c. Boulangerie Weston Québec corp.*, [2000] R.L. 429 (C.S.).

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

18. Cette cause a été critiquée quant à l'appréciation du rapport inégal des forces entre les parties. M. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 2, p. 841; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 3, n° 26.2, p. 75. Les professeurs Pineau et Gaudet font remarquer à juste titre, que si l'on retient comme critère du contrat d'adhésion que les stipulations du contrat soient imposées par l'un des contractants ceci implique qu'il est en position de force. Or, si l'une des parties est en position de force le rapport n'est-il pas nécessairement inégal entre elles ?

19. D. LLUELLES, *op. cit.*, note 10, n° 205, p. 101; voir au même effet : Nathalie CROTEAU, « L'intervention du tribunal dans les contrats », dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 1, 10 et s. Pour cette auteure, les deux seuls éléments à considérer sont ceux de l'affaire *Janin* et une approche globale dans l'analyse du contrat doit être privilégiée.

En effet, la Cour d'appel a récemment rappelé que la notion de contrat d'adhésion du C.c.Q. est différente de celle qui était dégagée par la doctrine et la jurisprudence sous le C.c.B.C. Sous l'ancien code, l'élément déterminant était le déséquilibre des contractants. Aujourd'hui, la définition de l'article 1379 permet de retenir la qualification de contrat d'adhésion même si les partenaires sont, *a priori*, de force comparable. La juge Rousseau-Houle est d'avis que ce qui distingue essentiellement le contrat d'adhésion du contrat de négociation, c'est la détermination unilatérale par l'une des parties ou par un tiers du contenu contractuel. Elle souligne que la spécificité du contrat d'adhésion réside non point dans l'absence volontaire de négociation, mais plutôt dans l'absence de la faculté de négocier librement les stipulations essentielles du contrat. Elle s'exprime ainsi :

Ce qui importe dorénavant c'est d'une part, la volonté du stipulant d'une application générale sans modification majeure des conditions essentielles du contrat et d'autre part, l'intention de l'adhérent de se soumettre, sans possibilité de discussions, aux termes et conditions stipulées.²⁰

Nous retenons des enseignements de la Cour d'appel que l'inégalité des forces en présence n'est pas, *in abstracto*, un *a priori* pour qualifier un contrat d'adhésion. Il faut considérer si, dans la situation contractuelle qui fait l'objet de l'analyse, le pouvoir de négociation existait. Si ce dernier était défaillant, on doit conclure qu'il y avait nécessairement inégalité des forces en présence, car la liberté contractuelle ne pouvait pas jouer normalement.

1.2 L'examen des éléments de la définition

Le cadre de la notion étant défini, il convient d'examiner plus spécifiquement les éléments de cette définition.

1.2.1 Le caractère essentiel de la stipulation

Le mot « stipulation » doit être entendu dans le sens large de clause contractuelle et les termes « stipulations essentielles » ne doivent pas se limiter aux seuls éléments essentiels d'un contrat²¹.

20. *Walsh & Brais inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, [2001] R.J.Q. 2164 (C.A.) par. 238.

21. D. LLUELLES, *op. cit.*, note 10, n° 197, p. 96; au même effet : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 9, n° 51, p. 70.

Certaines conditions, même si elles ne sont pas indispensables à l'existence d'un contrat nommé, peuvent s'avérer essentielles pour les parties au contrat. Il importe de tenir compte de l'économie particulière du contrat en cause. Ainsi, la négociation du coût du loyer²², ou des redevances d'un contrat de franchise²³, n'enlèvent pas le caractère de contrat d'adhésion à ces contrats.

Il n'est pas toujours aisé d'identifier quelles sont les stipulations essentielles d'un contrat. Ainsi, la jurisprudence examine la situation globalement, afin de déterminer s'il s'agit d'un contrat d'adhésion. En effet, il est rare que les juges identifient expressément quelles sont les stipulations essentielles d'un contrat. Cette méthode favorise une plus grande application de ce régime de protection. Toutefois, certains juges s'adonnent à cet exercice²⁴. Ainsi, dans un contrat de travail, une clause est considérée comme essentielle, lorsque le salarié qui ne l'accepte pas n'est tout simplement pas embauché par l'employeur²⁵.

1.2.2 L'origine de la rédaction du contrat

Aux termes de l'article 1379, les stipulations essentielles doivent avoir été imposées par l'une des parties et rédigées par elle,

22. La jurisprudence a toutefois refusé de qualifier de contrat d'adhésion, un contrat de gestion d'immeubles car les honoraires avaient été négociés. *Services immobiliers Pierre Leblanc inc. c. Bouchard*, J.E. 2000-140 (C.Q.).

23. Cet exemple est donné par : D. LLUELLES, *op. cit.*, note 10, n° 199, p. 97.

24. Pour des illustrations, voir : *Rousse c. Dion*, J.E. 2001-1213 (C.Q.). Dans un contrat d'artiste la cour est d'avis que quatre clauses sont essentielles soit : la clause d'exclusivité, la clause pénale, le montant de la commission et la durée de l'entente. Elle conclut qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion car seule la durée était négociable. *Gestion Jerodem inc. c. Choice Hotels Canada inc.*, J.E. 2000-2175 (C.S.) (contrat d'adhésion non). Ici, la cour a erronément conclu qu'un contrat de franchise n'était pas un contrat d'adhésion parce que la clause de résiliation, l'acompte et ses modalités de remboursement étaient des conditions essentielles. Il nous apparaît que ces clauses sont loin de constituer les conditions essentielles d'un contrat de franchise qui est un transfert de *know-how*. Le tribunal aurait pu arriver à la même décision s'il avait dans un premier temps conclu à un contrat d'adhésion mais décidé que ces clauses n'étaient pas abusives et ne pouvaient être révisées. La clause d'exclusivité dans un contrat de travail a été jugée essentielle car elle limite la liberté de travail. *Agence de placement Hélène Roy ltée c. Rioux*, [1997] R.L. 297 (C.Q.); *Boutique Jacob inc. c. Place Bonaventure inc.*, J.E. 95-1040 (C.S.) (bail commercial). La durée du bail et le prix du loyer sont des éléments essentiels, mais la preuve révèle que le contenu a pu être négocié car d'autres modifications ont pu être apportées notamment la radiation d'une clause de non-concurrence et d'une clause de présomption de faute ainsi que l'obtention du remboursement d'une partie des coûts des travaux de construction.

25. *Électronique Norje inc. c. McNicoll*, J.E. 97-1778 (C.Q.).

pour son compte ou suivant ses instructions. Cette énumération sous-tend l'idée que le contenu du contrat doit être déterminé et imposé par l'un des contractants. La Cour d'appel vient de rappeler que l'origine de la rédaction ne saurait à elle seule amener à conclure à l'existence d'un contrat d'adhésion²⁶. Ce n'est pas parce qu'une partie fait appel à ses avocats pour rédiger le contrat qu'il est nécessairement d'adhésion. Il faut de plus que le contenu ait été imposé par ce contractant.

Dans un même ordre d'idées, l'utilisation d'un contrat type rédigé par l'une des parties n'est pas nécessairement un contrat d'adhésion lorsque les parties sont libres de modifier le modèle²⁷ ou de biffer certaines clauses²⁸. La jurisprudence a rappelé qu'on ne peut conclure que, parce qu'une clause est imprimée à l'avance, elle est non négociable et péremptoire²⁹.

Cette exigence du code pose la question de la qualification du contrat réglementé dont le contenu est imposé par le législateur ou une autorité administrative. Il existe deux courants en jurisprudence et en doctrine à ce sujet. Pour certains, ce contrat ne devrait pas être qualifié de contrat d'adhésion au sens du Code civil, car le contenu n'est pas déterminé par un des contractants mais par une tierce partie : l'État³⁰. Comme le font remarquer les professeurs Baudouin et Jobin, « D'ailleurs, le besoin de protéger la partie faible disparaît justement du fait que l'État a dicté les termes de la convention pour la protéger »³¹. Pour d'autres³², ce qui importe

26. *Organon Canada ltée c. Trempe*, J.E. 2002-2102 (C.A.).

27. *Trois Diamants Autos (1987) ltée c. M.G.B. Auto inc.*, J.E. 97-777 (C.S.), [2001] R.J.Q. 860 (C.A.); *Commission des normes du travail c. Camion international Élite Ltée*, J.E. 2000-1035 (C.Q.).

28. Ainsi, une demande d'ouverture de compte qui prévoyait que la signature du représentant d'une société par actions engageait la responsabilité personnelle de ce dernier produit ses effets. *Demix Béton Estrie, division de Ciment St-Laurent inc. c. Habitat Renil inc.*, J.E. 98-606 (C.Q.).

29. *Centre du camion Gamache inc. c. Bolduc*, J.E. 2000-241 (C.Q.).

30. C'est le cas du prêt étudiant qui n'est pas un contrat d'adhésion. Les conditions du contrat de prêt ne sont pas déterminées par l'institution financière mais bien par les dispositions de la *Loi sur l'aide financière aux études*. *Dikaranian c. Procureur général du Québec*, [2002] R.J.Q. 969 (C.S.).

31. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 9, n° 51, p. 71.

32. *Audet c. Jetté*, J.E. 98-2097 (C.S.), où le tribunal a conclu qu'il s'agissait d'un contrat d'adhésion parce que les dispositions n'étaient pas négociables car elles étaient imposées par les autorités gouvernementales. *Univers Gestion multi-voyages inc. c. Air Club international inc.*, J.E. 97-772 (C.S.), où le contrat est régi par la *Loi nationale de 1987 sur les transports* et le *Règlement sur les transports aériens*; N. CROTEAU, *loc. cit.*, note 19, p. 1, 9.

c'est que le contenu soit imposé à l'adhérent peu importe qu'il ait été déterminé par le stipulant ou non. Dans la mesure où le fondement de l'intervention du législateur en matière de contrat d'adhésion est de contrer les abus qui peuvent découler de la liberté contractuelle, nous partageons plutôt l'avis des tenants de la première thèse.

Toutefois, la qualification de contrat d'adhésion ne pose pas de problème lorsque l'État est le contractant³³. Il en est de même si l'une des parties au contrat est l'un de ses agents. Ainsi, la Cour d'appel a retenu la qualification de contrat d'adhésion pour le contrat de vente à la mesure d'électricité. Le juge Robert s'exprime comme suit :

En effet, la *Loi sur l'Hydro-Québec* lui donnant le pouvoir de régler (donc de rédiger), malgré le fait que ces règlements soient soumis à l'approbation du gouvernement, les tarifs et les conditions qui constituent des stipulations essentielles au contrat. De plus, il faut mentionner que Hydro-Québec est un agent de la Couronne et que c'est l'État qui a rédigé la loi pour son propre agent. Le gouvernement a dicté les stipulations essentielles et elle l'a fait pour le compte de son propre agent qui est son prolongement.³⁴

En vertu de la définition du Code civil, l'origine de la rédaction est donc déterminante. Cet élément peut potentiellement exclure certains contrats de la qualification de contrat d'adhésion et limiter l'application des mesures protectrices. En effet, les professeurs Lluelles et Moore soulèvent la problématique de la qualification des polices standard d'assurance automobile dont la rédaction origine de l'Inspecteur général des institutions financières en vertu des pouvoirs que lui confère la loi³⁵. Ils soulignent toutefois que l'Inspecteur général des institutions financières consulte l'industrie afin d'établir la police standard, ce qui permettrait de contourner la difficulté de l'origine de la rédaction et permettre d'assurer la protection de l'assuré par les mécanismes offerts lorsque le contrat peut être qualifié d'adhésion.

33. C'est notamment le cas d'un contrat de parrainage signé entre le gouvernement du Québec et un parrain afin de permettre la venue d'un immigrant. *Procureur général du Québec c. Kabakian-Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.); *Procureur général du Québec c. Nicolas*, [1996] R.J.Q. 1679 (C.S.) (contrat de parrainage); *Brutus c. Joseph*, [1996] R.J.Q. 2619 (C.S.) (contrat de parrainage); *St-Germain c. Ministère de l'Éducation du Québec*, J.E. 99-426 (C.Q.) (convention de remboursement).

34. *Hydro-Québec c. Surma*, [2001] R.J.Q. 1127 (C.A.).

35. D. LLUELLES, *op. cit.*, note 10, n° 202, p. 99, voir principalement la note 192.

Pour sa part, Lemieux est d'avis que la division faite par le législateur entre les contrats d'adhésion et les contrats de gré à gré n'est pas toujours adéquate, lorsque l'usage fait en sorte que les parties ont recours à des contrats types préparés par des associations professionnelles et non les parties contractantes³⁶.

1.2.3 L'absence de négociation

L'article 1379 énonce que les stipulations essentielles doivent avoir été imposées et qu'elles n'ont pas pu être discutées. Il faut entendre ici que les stipulations essentielles ne peuvent avoir été négociées et non simplement expliquées³⁷. Il ne faut pas confondre l'impossibilité de négocier avec l'échec des pourparlers³⁸.

Ainsi, l'absence de négociation doit résider dans l'impossibilité de négocier les termes du contrat et non simplement dans le simple fait qu'il n'y a pas eu de négociation. On doit faire une distinction entre la situation où l'une des parties accepte les termes du contrat qui lui sont proposés parce qu'ils lui conviennent parfaitement³⁹ de la situation où une partie n'a pas d'autre choix que d'accepter le contrat tel que proposé. Ici, son choix réside uniquement dans le fait de contracter ou de ne pas contracter. « C'est à prendre ou à laisser. »⁴⁰.

Cette problématique doit être examinée sous deux angles distincts quoique néanmoins liés entre eux. La première question est la suivante : Y avait-il un espace potentiel de négociation ? Pour M^c Croteau, la seule question consiste à savoir si le stipulant était ouvert à la possibilité de négocier les termes du contrat⁴¹. En effet, dans certains cas, c'est le seul élément qui doit être examiné vu le type de contrat qui peut être déterminant en l'espèce. Prenons à titre d'exemple le contrat de franchise. Afin d'assurer une uniformité du réseau dont tous bénéficient, il est primordial que tous les franchisés soient assujettis aux mêmes obligations. Pour

36. M. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 2, p. 841, 868.

37. Erronément, la jurisprudence nie parfois l'existence d'un contrat d'adhésion parce que les parties ont eu le loisir de discuter et de s'informer de son contenu. *Entreprises L.T. ltée c. Aubert*, J.E. 94-748 (C.S.); *Impact Graphics Ltd c. B.P.G. Central Security corp.*, J.E. 95-2174 (C.S.).

38. *Commission des normes du travail c. Camion international Élite ltée*, précité, note 27; *Huel c. Décalcomanie Beaver inc.*, J.E. 97-727 (C.S.).

39. *Picard c. Procureur général du Québec*, J.E. 2000-1727 (C.S.).

40. LLUELLES citant CARBONNIER, D. LLUELLES, *op. cit.*, note 10, n^o 187, p. 90.

41. N. CROTEAU, *loc. cit.*, note 19, p. 1, 7.

d'autres types de contrats où des modifications au contenu peuvent être envisagées, une deuxième question se pose. L'adhérent était-il en mesure d'amener le stipulant à apporter des modifications au contrat ? Aurait-il pu négocier les conditions du contrat ? Pour évaluer la capacité de négocier les conditions du contrat les tribunaux tiennent compte entre autres de l'inégalité du rapport de force⁴². Ce constat peut faciliter la preuve de l'impossibilité de négocier, mais comme l'a fait remarquer la Cour d'appel dans l'affaire *Janin* le contrat d'adhésion n'existe pas seulement entre un fort et un faible. La qualité de l'adhérent peut dans certains cas être déterminante⁴³. La possibilité de négocier peut s'inférer de la qualité des parties surtout lorsque l'on est en présence de gens d'affaires⁴⁴. Toutefois, cette qualité ne devrait pas exclure automatiquement le potentiel de qualification de contrat d'adhésion car la possibilité de négociation doit s'apprécier *in concreto*. Les tribunaux tiennent également compte de la capacité antérieure de négociation d'un même type de contrat par l'adhérent⁴⁵. La preuve

42. *Copyfax c. Lambert*, J.E. 2000-981 (C.S.). Il s'agit ici d'un employeur et d'un jeune salarié. Le rapport inégal de force a permis à la cour de conclure que le contrat ne pouvait être négocié. *Mathieu c. Rénald Mathieu inc.*, précité, note 12. Le président d'une compagnie qui vend son entreprise est dans une situation qui lui permet de négocier les termes de son contrat de travail avec le nouveau propriétaire. Ce contrat de travail doit être évalué eu égard aux circonstances et fait partie de la transaction. Il fait partie d'un tout qui a été négocié. Lorsque que les parties sont de forces égales, il est plus facile de démontrer que les conditions du contrat pouvaient être négociées. *Trois Diamants Autos (1987) ltée c. M.G.B. Auto inc.*, précité, note 27.

43. La Cour d'appel entérine le jugement de première instance en concluant que la qualité de contrat d'adhésion n'a pas été prouvée. La preuve en Cour supérieure avait démontré que les représentants de la demanderesse étaient des hommes d'affaires aguerris qui jouissaient des conseils de plusieurs professionnels. Implicitement, on peut déduire des motifs du juge Pidgeon, que la Cour d'appel a considéré que la ville (défenderesse) n'était pas en position de force pour imposer unilatéralement ses conditions. *2429-8952 Québec inc. c. Ville de Trois-Rivières*, précité, note 12. Dans un appel pour autorisation d'exercer un recours collectif, la Cour d'appel avait à statuer si les questions de droit étaient identiques, similaires ou connexes dans un contexte de contrat d'adhésion. Le juge Chamberland s'exprime ainsi : « La preuve de l'existence d'un contrat d'adhésion ne demande pas nécessairement une preuve individuelle pour chaque auteur. On peut prouver une pratique générale adoptée par les intimés. ». Par contre, cette preuve générale peut être réfutée à l'égard de certains. En effet, le juge est d'avis que le contrat qui est rédigé par l'éditeur est imposé aux auteurs « sauf peut-être à certains auteurs à succès dont la marge de manœuvre est un tant soit peu plus étendue ». *Bergeron c. Sogidès ltée*, précité, note 12.

44. *M. Longtin & fils inc. c. Olton Investment corp.*, J.E. 95-2040 (C.S.).

45. *La garantie, cie d'assurance de l'Amérique du Nord c. Létourneau*, J.E. 2000-535 (C.A.).

de l'ouverture du stipulant peut être faite en démontrant que d'autres contractants ont obtenu des modifications à un même contrat, mais n'est pas nécessairement concluante. Pour utiliser les faits et gestes des tiers, il faut toutefois s'assurer que les tiers sont dans une même position et ont la même qualité que le contractant qui tente de prouver l'impossibilité de négocier.

N'oublions pas que cette capacité de négocier doit s'apprécier par rapport aux éléments essentiels. Le fait d'avoir obtenu quelques concessions sur des points mineurs n'enlève pas au contrat sa qualification de contrat d'adhésion. Certains auteurs sont d'avis que l'on devrait tenir compte de l'importance quantitative de la négociation. Ainsi, avoir obtenu la réduction du prix d'un bien de quelques dollars ne devrait pas nécessairement transformer un contrat d'adhésion en contrat de gré à gré et permettre de conclure à la négociation. Nous partageons cette opinion, car la possibilité de négocier un contrat sous-tend une ouverture à ce que ce qui est dans un premier temps offert puisse être rediscuté afin d'arriver à un contenu obligationnel qui résulte de concessions mutuelles⁴⁶.

Discuter de l'ouverture ou du potentiel de négociation, nous amène à nous interroger sur les situations où le stipulant propose différentes options. Le fait d'offrir des options n'implique pas nécessairement qu'il puisse y avoir négociation, car souvent la liberté du cocontractant réside dans le choix de l'une d'elles sans qu'elles puissent être modifiées⁴⁷. Tel n'est pas toujours le cas. La Cour supérieure a déjà décidé que lorsqu'un éventail d'options est offert et expliqué et qu'aucune pression n'est exercée pour le choix de l'une d'elles, le contrat n'est pas d'adhésion⁴⁸. Cette affaire porte sur les modalités de retraite offertes à un employé. Certes, il est difficile d'une part de conclure que le stipulant a « imposé » ses conditions, car les modalités ont été choisies par l'employé et d'autre part, il est établi que l'employé les a acceptées sans les négocier, mais pouvons-nous conclure qu'elles auraient pu être négociées ? En réalité, le choix de l'adhérent revient encore à celui-ci de contracter à telles conditions ou de ne pas contracter, car même s'il exerce un choix, il n'a aucun pouvoir sur le contenu

46. On peut s'interroger quant à la véritable nature d'un contrat de cautionnement lorsque le seul changement est le délai de paiement. *Entreprises L.T. ltée c. Aubat*, [1995] R.L. 110 (C.Q.).

47. G. BERLIOZ, *op. cit.*, note 11, p. 30.

48. *Picard c. Procureur du Québec*, précité, note 39.

de ce choix. « Négocier un contrat, c'est, en d'autres termes, avoir un pouvoir réel de déterminer ou d'influencer le contenu des principales clauses ou des obligations importantes du contrat. »⁴⁹.

Précisons de plus que le contenu du contrat doit avoir été établi par l'une des parties au contrat qui l'a imposé à l'autre. Ainsi, normalement le contrat collectif ne se qualifie pas de contrat d'adhésion, car le contenu résulte de l'aboutissement des négociations menées par le représentant d'un groupe de personnes⁵⁰. Ce n'est donc pas le cocontractant qui leur impose des conditions. À ce titre, la Cour d'appel a conclu que le « Code provincial du Bureau des soumissions déposées du Québec » était le fruit de la volonté de l'organisme représentant les entrepreneurs membres de l'Association de la construction du Québec et ne constituait pas un contrat d'adhésion au sens de l'article 1379, même si les entrepreneurs signent un engagement à le respecter⁵¹. Dans un même ordre d'idées, l'adhésion syndicale n'est pas un contrat d'adhésion, mais plutôt un contrat d'association⁵².

1.3 Les cas d'application

La qualification de contrat d'adhésion relève de l'application des critères énoncés à l'article 1379 et ne découle pas automatiquement du type de contrat. Toutefois, eu égard à leur nature, certains contrats sont plus susceptibles que d'autres d'être qualifiés de contrat d'adhésion. Ainsi, le contrat d'assurance⁵³, le contrat de

49. B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 2, p. 240.

50. Sur la notion de contrat collectif, voir : Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 7^e éd., Paris, Armand Colin, 1996, p. 59, 377 et s.

51. *Alta ltée c. Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec*, [1998] R.J.Q. 387 (C.A.).

52. *Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 et Revêtements Polyval inc.*, D.T.E. 98T-103 (C.T.).

53. *Perron c. Compagnie d'assurances canadienne universelle ltée/Gore générale compagnie d'assurance*, [1995] R.R.A. 686 (C.S.); *Robert c. L'Industrielle, compagnie d'assurance sur la vie*, [1996] R.J.Q. 3013 (C.S.); *Bacon-Gauthier c. Banque royale du Canada*, [1997] R.J.Q. 1092 (C.S.); *Bouliane c. S.S.Q. Mutuelle d'assurance-groupe*, [1997] R.R.A. 368 (C.S.); *Millette c. S.S.Q., société d'assurance-vie inc.*, [1997] R.R.A. 243 (C.Q.); *Gagnon c. L'Entraide assurance-vie, compagnie mutuelle*, B.E. 99BE-617 (C.Q.); *Parent c. British Aviation Insurance Group (Canada) Ltd.*, [1999] R.J.Q. 843 (C.S.), AZ-01019612 (C.A.); *Canassurance, compagnie d'assurance-vie c. Poitras*, B.E. 2001BE-267 (C.A.); *Assurances générales des Caisses Desjardins c. Le Groupe Commerce, compagnie d'assurances*, [2001] R.R.A. 133 (C.S.); *La personne-vie, corporation* (à suivre...)

franchise⁵⁴, le contrat de cautionnement⁵⁵, le contrat de crédit-bail⁵⁶, le bail résidentiel⁵⁷, le contrat de construction⁵⁸, le contrat de location⁵⁹ sont plus souvent qu'autrement des contrats d'adhésion alors que le bail commercial⁶⁰ est normalement un contrat

- (...suite)
- d'assurance c. *Pouteau*, J.E. 2003-537 (C.A.), J.E. 2003T-349 (C.A.); *Jean Pineau & Associés ltée c. Société de gestion d'assurance Encon inc.*, [2002] R.J.Q. 1392 (C.S.); *Québec (Ministère de la Justice) et de St-Martin*, D.T.E. 2002T-1157 (C.F.P.); n'a pas été qualifié de contrat d'adhésion le contrat d'assurances suivant : *Marcotte c. Nadeau, Lehoux & associés ltée*, [1999] R.R.A. 918 (C.S.).
54. 2632-7502 *Québec inc. c. Pizza Pizza Canada inc.*, précité, note 7; *Hyundai Motor America c. Automobiles des Îles (1989) inc.*, J.E. 97-783 (C.S.); *Gestion Jerodem inc. c. Choice Hotels Canada inc.*, précité, note 24; *Automobiles Duclous inc. c. Ford du Canada ltée*, J.E. 2002-1859 (C.S.); *Ahsan c. Second Cup Ltd.*, J.E. 2003-736 (C.A.).
55. *Compagnie Commonwealth Plywood ltée c. 9018-2304 inc.*, J.E. 96-1338 (C.Q.); *Banque Royale du Canada c. Audet*, J.E. 97-882 (C.Q.); *Slush Puppie Trois-Rivières c. Bégin*, B.E. 2001BE-268 (C.Q.); *Banque de Nouvelle-Écosse c. Promotions Atlantiques inc./Atlantic Promotions inc.*, J.E. 2001-576 (C.S.); *HSBC Bank Canada c. Nytschjyk*, B.E. 2002BE-199 (C.S.); *contra* : *Entreprises L.T. ltée c. Aubut*, précité, note 46; *Démix Béton Estrie, division de Ciment St-Laurent inc. c. Habitat Renil inc.*, précité, note 28.
56. *Pacific National Leasing Corp. c. Domaine de l'Eden (1990) inc.*, J.E. 95-1447 (C.Q.); *Société générale Beaver inc. c. Destefano*, J.E. 96-1193 (C.Q.); *Location Tiffany Leasing inc. c. 3088-6022 Québec inc.*, J.E. 98-1485 (C.Q.); *Caisnes enregistreuses Djitec inc. c. Créations Claude Perron inc.*, B.E. 99BE-801 (C.Q.); *A.T. & T. Capital Canada inc. c. 3100-9459 Québec inc.*, J.E. 99-1916 (C.S.); *Crédit-bail R.G. inc. c. Épicerie 2H (1990) inc.*, J.E. 2003-1111 (C.Q.).
57. On peut s'interroger sur la justesse de cette qualification car il s'agit d'un contrat réglementé. *Deschamps c. Deschamps*, [1997] J.L. 107 (R.L.); *Fram c. Office municipal d'habitation de Pointe-Claire*, J.E. 98-1402 (C.Q.), J.E. 2001-1304 (C.S.); *Société Théorêt c. Office municipal d'habitation de Laval*, [2002] J.L. 143 (R.L.).
58. *Boless inc. c. Résidence Denis-Marcotte*, J.E. 95-1890 (C.S.); *Pagé Construction, division de Simard-Beaudry c. Trois-Rivières-Ouest (Corporation municipale de la ville de)*, J.E. 99-462 (C.S.); *Allstate, compagnie d'assurances c. Ville de LaSalle*, B.E. 99BE-781 (C.S.); *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*, précité, note 17; *Jean-Yves Fortin Soudure inc. c. Québec (Procureur général)*, J.E. 2000-1134 (C.S.); *Société québécoise d'assainissement des eaux c. B. Frégeau & Fils inc.*, J.E. 2000-809 (C.A.).
59. *Location du cuivre ltée c. Construction Cardel inc.*, J.E. 95-492 (C.Q.); *Morin c. 2968410 Canada inc.*, J.E. 97-850 (C.Q.); *Banquet and Catering Supplies and Rentals Ltd. c. Déry*, B.E. 98BE-1156 (C.Q.); *Transportation Lease System Inc. c. 2707098 Canada inc. (Coulombe Transport)*, B.E. 98BE-1294 (C.S.); *Sun Life Trust Co c. Bionaire inc.*, J.E. 99-2063 (C.Q.); *Poissonnerie Bari c. Gestion Inter-parc inc. (National Tilden)*, J.E. 2002-322 (C.S.).
60. *Petra ltée c. Ultramar Canada inc.*, précité, note 12; *2958-8696 Québec inc. c. Place Fleur de lys*, [1995] R.D.J. 531, J.E. 95-1556 (C.A.); *Boutique Jacob c. Place Bonaventure inc.*, précité, note 24; *Société de gestion Place Laurier inc. c. Beaulieu*, J.E. 99-1070 (C.S.); *Polaris Realty Canada ltd. c. Goldwater*, [2002] R.D.I. 163 (C.S.); a été qualifié de contrat d'adhésion le bail dans : *3390152 Canada inc. c. 3056309 Canada inc.*, B.E. 99BE-214 (C.S.).

de gré à gré. Le type de contrat n'est pas toujours déterminant. Dans certains cas, la qualification découle essentiellement des circonstances, c'est notamment le cas du contrat d'emploi. S'il fait l'objet de peu de négociation pour un petit salarié, il n'en est pas nécessairement de même pour l'embauche d'un cadre ou d'un dirigeant.

2. LES EFFETS DE LA QUALIFICATION DE CONTRAT D'ADHÉSION

La qualification de contrat d'adhésion donne ouverture à l'application de règles particulières. Certaines d'entre elles touchent à la force exécutoire du contrat en délimitant la portée du contenu obligationnel. Elles accordent au juge un pouvoir de révision du contrat en lui permettant de priver d'effet, en tout ou en partie, une clause du contrat. D'autres interviennent au niveau de l'interprétation du contrat afin de favoriser l'adhérent. Ces articles ont un but commun, rétablir l'équilibre entre les parties et assurer l'équité contractuelle du contrat. Même si elles ont toutes la même finalité, leurs champs d'application doivent être distingués quoiqu'il ne soit pas impensable qu'ils puissent se recouper dans certains cas⁶¹. Ainsi, la Cour d'appel statuant sur un jugement où le juge de première instance avait annulé une clause d'un contrat d'assurance au motif qu'elle était abusive, a plutôt conclu qu'il s'agissait d'un problème d'interprétation⁶².

2.1 La clause abusive

Aux termes de l'article 1437, dans un contrat d'adhésion, la clause jugée abusive est nulle ou l'obligation qui en découle réductible. Le pouvoir d'intervention du juge peut différer dans sa portée. L'examen de la jurisprudence démontre que, dans la plupart des cas, le tribunal annule la clause et qu'il est rare qu'il la réduise⁶³. Lluelles qualifie l'article 1437 de « véritable révolution juridique » car il permet au juge de réviser le contrat même si l'ordre public n'est pas concerné⁶⁴.

61. Il n'est pas impensable qu'une clause externe soit abusive.

62. *La personne-voie, corporation d'assurance c. Pouteau*, précité, note 53.

63. Pour des illustrations où le tribunal réduit l'obligation, voir : *Système Troc inc. c. Solution Publicité inc.*, B.E. 97BE-135 (C.Q.); *Micor Auto inc. c. Aubert*, J.E. 95-1087 (C.Q.).

64. D. LLUELLES, *op. cit.*, note 10, n° 194, p. 95.

Cet article est d'ordre public. En conséquence, est sans effet une clause au contrat qui stipule que les parties reconnaissent qu'aucune disposition n'est abusive ou excessive⁶⁵. Seul le juge peut statuer à cet effet. Même l'approbation d'une clause par les autorités gouvernementales compétentes n'empêche pas l'application de l'article 1437⁶⁶.

Le choix d'accorder un pouvoir de révision au juge que dans les cas où il s'agit de contrat d'adhésion a été critiqué par certains⁶⁷ qui l'auraient étendu à tous les contrats, car ce ne sont pas seulement les contrats d'adhésion qui sont susceptibles d'abus, même s'il y a plus propices. En effet, lorsque le législateur répute une clause non écrite ou qu'il permet au tribunal de réduire une clause pénale, ne reconnaît-il pas implicitement que les clauses abusives ne sont pas le propre des contrats d'adhésion ? Poser la question est y répondre ! Pourtant le législateur a choisi d'intervenir au cas par cas lorsqu'il s'agit de contrat de gré à gré plutôt que d'octroyer ce pouvoir au juge à l'égard de tous les types de contrat en ne limitant pas l'application de l'article 1437 aux contrats d'adhésion. Il nous apparaît que ce choix du législateur est en dichotomie avec le principe général de bonne foi qui est l'une des pierres angulaires de la réforme et qui s'applique à l'égard de tous les contrats⁶⁸. Si la jurisprudence faisait sienne le courant doctrinal qui est d'avis que le principe de la bonne foi a une autonomie qui déborde le cadre des vices de consentement, ce principe pourrait servir à sanctionner les clauses abusives dans les contrats de gré à gré⁶⁹. Ne pourrait-on pas voir dans l'imposition d'une clause abusive un abus du droit de contracter⁷⁰ ?

65. *Location Tiffany Leasing inc. c. 3088-6022 Québec inc.*, précité, note 56.

66. La Cour d'appel a en effet jugé qu'une clause d'exonération de responsabilité incluse dans un règlement édicté par Hydro-Québec et approuvé par les autorités gouvernementales compétentes était abusive au sens de l'article 1437. *Allendale Mutual Insurance Co. c. Hydro-Québec*, [2002] R.J.Q. 84 (C.A.).

67. M. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 2, p. 841, 861.

68. Sur la question de la sanction des clauses abusives dans les contrats de gré à gré, voir : B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 2, p. 247 et s.

69. Sur cette question, voir : Marie Annick GRÉGOIRE, « La sanction de l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat », (2002) 104 *R. du N.* 173, 193 et s.

70. Cette hypothèse soulève la question controversée de l'application de l'abus de droit à une liberté et non pas exclusivement aux droits subjectifs. Sur cette question, voir : B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 2, p. 106, 247 et s.

2.1.1 Les critères

L'article 1437 définit la notion de clause abusive comme étant celle « qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de la bonne foi »⁷¹.

Cette définition n'est pas sans soulever certaines interrogations. Qu'est-ce qu'un désavantage excessif ? Quand une clause est-elle déraisonnable ? L'examen de la jurisprudence dénote que les tribunaux se voient investis d'un large pouvoir d'équité et il est difficile de tirer des conclusions précises à savoir ce qui est excessif et déraisonnable par rapport à ce qui ne l'est pas. Chaque cas est évalué au mérite en fonction de la preuve soumise.

2.1.1.1 Le caractère excessif et déraisonnable

Le pouvoir accordé au juge de réviser le contenu obligationnel du contrat porte incontestablement atteinte à l'autonomie de la volonté et à la stabilité des contrats quoiqu'il soit justifié dans certains cas au nom de l'équité contractuelle. Pour pouvoir exercer son pouvoir de révision, le juge doit considérer que la clause est excessive et déraisonnable. La Cour d'appel y voit deux conditions distinctes : « qu'elle désavantage l'adhérent d'une façon excessive, mais aussi de façon déraisonnable »⁷². Si l'on suit cet enseignement, une clause pourrait donc être excessive sans être déraisonnable. Les termes « excessif et déraisonnable » employés par le législateur à l'article 1437 visent, selon certains, à permettre au juge d'intervenir pour contrer les situations vraiment « choquantes »⁷³ et non seulement regrettables⁷⁴. Les auteurs Pineau et Gaudet semblent opiner dans le même sens. Pour eux :

71. La bonne foi ne constitue pas un critère distinct du désavantage excessif et déraisonnable. Elle sert plutôt à apprécier le désavantage. Pierre-Gabriel JOBIN, « Les clauses abusives », (1996) 75 R. du B. can. 503, 513.

72. *Procureur général du Québec c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 33, AZ-50077491 (p. 11).

73. C'est le terme employé par les auteurs Baudouin et Jobin. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 9, n° 105, p. 123.

74. Ce n'est pas parce que la cour a de la sympathie pour une des parties qu'elle peut conclure qu'une clause est abusive. *Société québécoise d'assainissement des eaux c. B. Frégeau & Fils inc.*, précité, note 58. Une clause qui est sévère n'est pas nécessairement abusive. *Mathieu c. Amex Canada inc.*, J.E. 95-1812 (C.Q.).

Il s'agit de la clause imposée par le fort et qui désavantage le faible de façon tellement excessive et déraisonnable qu'il est permis de conclure qu'elle va à l'encontre de ce qui est généralement exigé pour que l'on considère qu'il y a bonne foi. On rejoint ici l'idée d'exploitation qui est la base de la notion de lésion.⁷⁵

La Cour d'appel partage cet avis. Le juge Baudouin explique :

De façon sous-jacente, on trouve donc au cœur même de l'article 1437 C.c.Q. l'idée fondamentale que, parce qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion, celui-ci ne doit pas devenir un instrument d'exploitation du plus fort pour le plus faible.⁷⁶

Vu ces opinions, on ne peut qu'être surpris que la Cour supérieure ait confirmé une décision d'appel de la Cour du Québec qui a jugé que la clause d'un bail résidentiel qui interdit les animaux est abusive⁷⁷. Certes, cette clause peut occasionner des désagréments, mais est-il déraisonnable pour un locateur de vouloir assurer la quiétude des lieux ? N'aurait-il pas été plus justifié d'examiner cette question à la lumière de l'atteinte à la vie privée ou de l'abus de droit ?

Mais revenons aux critères excessif et déraisonnable. Qu'est-ce qu'un désavantage excessif ? Quand une clause est-elle déraisonnable ? Ces critères n'ont pas été précisés par le législateur, afin de laisser une grande latitude aux tribunaux.

Dans l'affaire *Procureur général du Québec c. Kabakian-Kechinian*, le juge Baudouin apporte certaines précisions. Pour lui :

Le caractère excessif d'une clause peut être apprécié soit en fonction d'un critère objectif (par exemple, exiger du contractant l'exécution d'une obligation pratiquement impossible à remplir ou totalement disproportionnée par rapport à l'obligation corrélative), soit en fonction d'un critère subjectif (c'est-à-dire en tenant compte de la situation particulière du contractant) et des difficultés auxquelles il peut faire face dans l'exécution de celle-ci. Dans ce dernier cas, ce qui pourrait être excessif pour l'un, ne le sera pas nécessairement pour un autre.⁷⁸

75. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 3, n° 239, p. 425.

76. *Procureur général du Québec c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 33, AZ-50077491 (p. 12).

77. *Office municipal d'habitation de Pointe-Claire c. Rouleau*, J.E. 2001-1304 (C.S.).

78. *Procureur général du Québec c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 33, AZ-50077491 (p. 12).

Quant au caractère déraisonnable, il en fait également une analyse objective et subjective eu égard au cas sous étude. Il s'interroge d'une part à savoir s'il est déraisonnable pour un parrain de s'engager financièrement afin de permettre à un parent d'accéder à l'immigration et d'autre part, s'il est déraisonnable d'exiger que ces personnes ne soient pas à la charge de l'ensemble de la société pendant un certain temps, pour conclure que la clause de prise en charge des besoins essentiels d'un immigrant dans un contrat de parrainage n'est pas abusive.

Dans l'affaire *Janin*, la Cour d'appel souligne : « Avant de qualifier d'abusives une clause d'un contrat [...], il faudra prudemment examiner le but et la portée de cette clause dans le contexte de l'ensemble des droits et obligations de chacune des parties et l'économie générale du contrat. »⁷⁹. Le caractère excessif et déraisonnable doit donc s'apprécier à la lumière des autres conditions au contrat⁸⁰. Remise dans son contexte une clause peut être tout à fait légitime.

L'interprétation d'une clause abusive doit également tenir compte de la nature du contrat⁸¹, des fonctions économiques du contrat et du fait que dans certains cas il est nécessaire que les contrats soient uniformes⁸².

Pour déterminer si une clause est excessive et déraisonnable, les tribunaux se réfèrent aux usages dans un secteur d'activités⁸³.

79. *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*, précité, note 17. Ainsi, une clause d'approvisionnement exclusif auprès d'un fournisseur n'est pas abusive lorsque ce dernier laisse gratuitement l'usage de l'équipement requis. L'exclusivité est la contrepartie du prêt d'équipement. *Slush Puppie Canada inc. c. Assi*, B.E. 2003BE-296 (C.Q.).

80. Ainsi le caractère d'une clause pénale doit être examiné en tenant compte qu'elle exclut l'application de l'article 2129 C.c.Q. qui n'est pas d'ordre public. *Construction Jag inc. c. 9055-2274 Québec inc.*, J.E. 2002-1003 (C.S.).

81. *3390152 Canada inc. c. 305630 Canada inc.*, précité, note 60. Dans un même ordre d'idées, une clause de résiliation unilatérale du bail commercial sans compensation adéquate a été jugée abusive car une telle clause va à l'encontre de l'esprit du bail qui est de cinq ans de même que celle qui empêche le locataire de faire valoir un moyen de défense.

82. En matière de soumission, le contrat d'adhésion assure une uniformité de traitement des soumissionnaires qui soumettent une offre dans le cadre d'un même appel d'offres. *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*, précité, note 17.

83. *Chrétien c. Chambre des notaires du Québec*, [2001] R.J.Q. 2671 (C.S.). En obiter, la Cour d'appel souligne que l'obligation d'octroyer le contrat au plus bas soumissionnaire n'est pas abusive car c'est notamment la règle générale dans (à suivre...)

Ainsi, la clause qui prévoit que le distributeur devra remettre la liste des clients avec qui il a fait affaires dans les six derniers mois n'a pas été annulée⁸⁴. Si la référence aux us et coutumes d'un secteur d'activités peut dans certains cas fournir un critère d'évaluation au juge, il ne faudrait pas que toutes les clauses qui sont usuelles dans un domaine soit automatiquement validées. En effet, une pratique abusive peut être solidement implantée dans un secteur. Il faut garder à l'esprit qu'un usage peut être excessif et déraisonnable.

Enfin, pour déterminer si une clause de résiliation est valide ou abusive, les tribunaux ont tenu compte de l'ancienneté de la relation d'affaires entre les parties⁸⁵.

2.1.1.2 *L'entorse à la bonne foi*

L'entorse à la bonne foi n'est pas un critère supplémentaire qui s'ajoute au caractère excessif et déraisonnable de la clause. Ainsi, il est rare que les juges examinent expressément les exigences de la bonne foi⁸⁶. Le manquement à la bonne foi découle souvent implicitement du fait d'avoir imposé une clause abusive⁸⁷.

Toutefois, une clause peut être abusive principalement parce qu'elle va à l'encontre des exigences de la bonne foi. L'obligation de bonne foi est une obligation d'ordre public et ne peut être complètement annihilée par une clause du contrat⁸⁸.

La Cour d'appel⁸⁹ a conclu qu'une clause d'exonération de responsabilité dans un contrat de construction est alors abusive et privée d'effet car elle met en échec l'obligation de renseignement,

(...suite)

le domaine public. *Alta ltée c. Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec*, précité, note 51; *Univers Gestion multi-voyages inc. c. Air Club international inc.*, précité, note 32 [usage dans le domaine du transport aérien].

84. *Poissonnerie M. Archambault inc. c. Simoneau*, J.E. 2001-1898 (C.S.).

85. *Moss c. Sunys Petroleum inc.*, [1997] R.L. 421 (C.S.).

86. Pour une illustration où les tribunaux examinent également la clause sous l'angle de la bonne foi, voir : *Procureur général du Québec c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 33, AZ-50077491 (p. 13).

87. C'est l'avis du juge Downs dans *3390152 Canada inc. c. 3056309 Canada inc.*, précité, note 60.

88. Sur le caractère d'ordre public du principe de bonne foi, voir : B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 2, p. 58 et s.

89. *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*, précité, note 17.

dont le fondement est le principe de la bonne foi⁹⁰. Dans un même ordre d'idées, une clause est jugée abusive quand une des parties profite d'un prix obtenu sur la base des données qu'elle a fournies et qui se sont révélées erronées⁹¹.

Dans un contrat de crédit-bail, est abusive la clause qui rend inopposable au locateur le dol du fournisseur ou de ses mandataires⁹². Le recours pour dol a comme fondement le principe de la bonne foi. La bonne foi est une règle d'ordre public qu'on ne peut exclure totalement, seule l'intensité de cette obligation peut être modulée.

Une clause qui empêche la contestation de la validité d'un test est nulle⁹³. Même si le juge n'y réfère pas expressément, il y a ici un manque de transparence qui va à l'encontre de la bonne foi.

2.1.2 La portée de l'article 1437

Il y a également lieu de se demander quels sont les types de clauses visés par l'article 1437, seulement les clauses accessoires ou également les clauses portant sur les éléments essentiels ?

L'examen de ces questions amène la doctrine à tenter de cerner le fondement théorique du concept de clause abusive. La sanction des clauses abusives peut être fondée sur l'idée de contrer l'exploitation d'un cocontractant par l'autre. Dans cette optique, l'article 1437 peut s'apparenter à la lésion. La lésion étant un vice du consentement, ce rattachement implique que le caractère excessif et déraisonnable devrait alors s'apprécier lors de la formation du contrat. Par ailleurs, la mise en œuvre d'une clause relève de l'exécution du contrat. On a souligné que l'absence d'un fondement théorique clair rend difficile l'application de l'article 1437⁹⁴.

La portée de l'article 1437 est controversée et a fait couler beaucoup d'encre en doctrine. Certains sont d'avis que la sanction des clauses abusives ne peut viser que les clauses accessoires, car

90. Ce fondement a été dégagé dans : *Banque de Montréal c. Bail ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.

91. *Entreprises Ernest Beaudoin ltée c. Ville de Thetford Mines*, J.E. 2002-1161 (C.Q.).

92. *Lachapelle c. Promotions C.G.S. inc.*, J.E. 95-1356 (C.Q.).

93. *Slush Puppie Montréal inc. c. 153226 Canada inc.*, [1994] R.J.Q. 1703 (C.Q.).

94. M. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 2, p. 841, 862.

si le pouvoir conféré au juge pouvait viser également la révision des clauses portant sur un élément essentiel, à titre d'exemples le prix, le coût du loyer, ceci équivaldrait à sanctionner la lésion entre majeurs, qui par ailleurs, est expressément prohibée à l'article 1405⁹⁵. Les auteurs Baudouin et Jobin sont d'avis que l'article 1437 ne peut servir à modifier le prix d'une transaction, car il s'agit d'un élément fondamental⁹⁶. Hormis ce cas, ils trouvent par ailleurs trop restrictif de n'appliquer cet article qu'aux clauses purement accessoires. Pour d'autres, cet argument n'est pas convaincant. M^{me} Guillemard fait remarquer que le libellé de l'article utilise les termes « toutes les clauses ». Ce qui *a priori* semble exclure que son application soit restreinte seulement aux clauses accessoires. De plus, l'article 1438 prévoit que l'annulation d'une clause abusive peut entraîner dans certains cas la nullité du contrat en entier. Cette sanction sous-tend implicitement la sanction d'une clause essentielle. Au surplus, elle rappelle que la notion de contrat d'adhésion repose sur l'impossibilité de négocier les clauses essentielles et souligne qu'il serait incohérent qu'une clause qui n'a pu être négociée ne puisse être jugée abusive. Elle conclut que bien des arguments militent en la reconnaissance de la lésion dans le cadre du contrat d'adhésion par le biais du mécanisme des clauses abusives⁹⁷. À ce jour, la jurisprudence a peu discuté de cette question et n'a pas pris position. En effet, le débat n'est pas clos, tel qu'en fait foi le jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Kabakian-Kechichian*. Le juge Baudouin motive sa décision qu'une clause d'un contrat de parrainage n'est pas abusive comme suit :

95. Cette question a été soulevée devant les tribunaux mais le juge ne s'est pas prononcé sur cette question. Il a toutefois conclu que la clause n'était pas abusive ce qui laisse entendre qu'une clause de prix, en l'occurrence le coût de la prime d'assurance, aurait pu être jugée abusive. *Chrétien c. Chambre des notaires du Québec*, précité, note 83.

96. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 9, n° 98, p. 118. Sont du même avis : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 3, n° 239, p. 425; Benoît MOORE, « Le contrôle des clauses abusives : entre formation et exécution du contrat », dans *Mélanges Jean Pineau* (à paraître 2003). Pour le professeur Moore : « L'article 1437 ne doit viser que les clauses périphériques aux prestations réciproques des parties excluant ainsi toute remise en question de l'objet même du contrat ou encore de l'équilibre économique des prestations, de la globalité du contrat. Un contrat est lésionnaire, une clause est abusive. » Sur la distinction entre la lésion et la notion de clause abusive, voir : P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 71, p. 503, 505 et s.

97. Sylvette GUILLEMARD, « Les clauses abusives et leurs sanctions : la quadrature du cercle », (1999) 59 *R. du B.* 369, 377 et s. Le professeur Karim est également d'avis que l'article 1437 peut s'appliquer à la clause de prix. Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 402.

[...] bien plus, si par la suite la disproportion, non pas entre les deux prestations au contrat, mais cette fois entre l'engagement du parrain et ses ressources financières survient, celle-ci résulte nécessairement d'événements indépendants de la volonté des parties. Or, en matière de clauses abusives, on doit évaluer principalement celles-ci au moment de la conclusion de l'engagement. Revoir le contrat au moment de son exécution et réduire l'obligation du parrain en tenant compte de sa capacité de payer me paraît alors n'être rien d'autre qu'une révision de la convention par le juge pour imprévision, notion qui n'est pas acceptée dans notre droit comme principe général (art. 1439 C.c.Q.), mais simplement dans certains cas particuliers.⁹⁸

D'aucune façon les propos du juge Baudouin ne permettent de conclure que, même si la disproportion entre les prestations avait existé lors de la conclusion du contrat, l'article 1437 aurait dès lors été inapplicable. Le débat reste ouvert.

2.1.3 Le moment de l'évaluation du caractère abusif

Une autre question se pose. À quel moment doit-on se placer pour évaluer le caractère déraisonnable ou excessif d'une clause ? Dès la formation du contrat ou au moment de la mise en œuvre de la clause ?

Selon la Cour d'appel, le caractère abusif d'une clause doit être évalué principalement au moment de la conclusion du contrat⁹⁹. En s'exprimant ainsi, la Cour n'exclut pas l'hypothèse que dans certains cas l'évaluation puisse se faire lors de l'exécution du contrat. On tient alors compte de l'effet réel de la clause. Si certaines clauses sont manifestement abusives dès le départ, d'autres sont potentiellement abusives ce qui se révèle dans leur mise en œuvre¹⁰⁰. Le caractère abusif d'une clause peut découler de son exécution.

La jurisprudence fournit certains exemples de clauses évaluées au moment de leur mise en œuvre. C'est le cas d'une clause d'un contrat d'assurance qui prévoit que les soins dentaires doivent être prodigués dans les 12 mois suivant l'accident pour être remboursés alors qu'il est admis que, pour des raisons médicales,

98. *Procureur général du Québec c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 33, AZ-50077491 (p. 13).

99. *Ibid.*

100. B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 2, p. 244-245.

les traitements ne pouvaient être effectués dans ce délai¹⁰¹. La clause d'un contrat d'assurance exigeant un suivi par un psychiatre, alors qu'en région cette spécialité est une denrée rare est abusive¹⁰². Dans l'affaire *Audet c. Jetté*¹⁰³, la Cour supérieure affirme qu'une clause peut devenir abusive dans son application. En l'espèce, le bail forestier stipulait que le locataire devait obtenir de la locatrice l'autorisation écrite pour couper des arbres. Une autre clause prévoyait la résiliation du bail en cas de contravention aux conditions du bail. La preuve révèle que les locataires n'ont coupé que les arbres qui devaient l'être sans toutefois obtenir l'autorisation écrite préalable. La Cour considère la clause de résiliation abusive dans les circonstances. Ne sommes-nous pas plutôt dans une situation qui constitue un abus de droit, soit se prévaloir d'un droit contractuel sans raison valable ce qui ne nécessite pas de qualification préalable du contrat¹⁰⁴ ?

Lorsqu'il s'agit de déterminer si un avis de résiliation de 15 jours est abusif, le tribunal a tenu compte de la durée de la relation contractuelle et a conclu qu'il est abusif vu la relation de plus de 15 ans entre les parties¹⁰⁵. Le tribunal a tenu compte de l'expérience acquise par l'employé pour évaluer si le délai de préavis prévu au contrat pour quitter son emploi est abusif¹⁰⁶. Une clause qui prévoit une retenue sur le salaire de 200 \$ dans le cas où le délai de préavis de démission ne serait pas respecté est nulle si elle a comme conséquence de réduire le salaire versé en deçà du salaire minimum¹⁰⁷. Dans cette affaire, le délai de préavis de 15 jours et le montant de la retenue n'étaient pas en soi abusifs, mais le résultat l'était.

Enfin, dans un contrat de crédit-bail, la clause qui permet au locateur de reprendre l'équipement, mettre fin au bail, garder les loyers déjà payés et percevoir le solde du contrat plus une somme équivalant à 15 % du loyer impayé, afin de compenser le coût de reprise de possession de l'équipement, l'entretien, l'entreposage, le transport, etc. est abusive compte tenu que l'équipement a été repris après quatre versements et qu'il a été reloué en partie¹⁰⁸.

101. *Millette c. S.S.Q., société d'assurance-vie inc.*, précité, note 53.

102. *Papineau c. La survivance, compagnie d'assurance-vie*, J.E. 2001-316 (C.Q.).

103. *Audet c. Jetté*, précité, note 32.

104. Sur la distinction entre la clause abusive et l'abus de droit, voir : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 9, n° 100, p. 118.

105. *Automobiles Duclous inc. c. Ford du Canada ltée*, précité, note 54.

106. *Orsonique inc. c. Girard*, D.T.E. 2002T-593 (C.Q.).

107. *Commission des normes du travail c. Centre Lux ltée*, J.E. 94-1422 (C.Q.).

108. *Société générale Beaver inc. c. Métaux ouvrés St-Philippe inc.*, J.E. 94-1295 (C.S.).

2.1.4 Les cas d'application

Les clauses sur lesquelles ont eu à se pencher les tribunaux varient énormément. Il est impossible d'en faire une recension et un classement exhaustif. Nous nous limiterons à énoncer certains cas où les tribunaux ont eu à appliquer l'article 1437.

2.1.4.1 La clause qui dénature le contrat

Dans le libellé de l'article 1437, le législateur donne comme exemple qu'une clause est abusive si elle dénature le contrat. On a jugé que la clause d'un contrat de travail à durée indéterminée, qui impose à l'employé une pénalité pour mettre fin à son emploi dénature le contrat¹⁰⁹. Le juge fait remarquer que dans un contrat de travail à durée indéterminée chaque partie peut y mettre fin en donnant à l'autre un délai congé adéquat selon les termes de l'article 2091. La démission n'étant pas une faute, elle ne peut justifier l'octroi de dommages compensatoires conventionnels par le biais d'une clause pénale. Seul le tribunal pourra accorder des dommages-intérêts, alors judiciaires, si le délai est inadéquat.

Implicite, c'est le raisonnement que fait le juge lorsqu'il invalide une clause d'exonération de responsabilité qui mettait à l'abri de toutes réclamations le fournisseur de service d'une agence de sécurité contre un manquement au système d'alarme qu'elle avait elle-même vendu¹¹⁰, le contrat visant à se prémunir contre les infractions.

Une clause qui limite et réduit l'obligation de garantie au remboursement du prix d'un produit dénature un contrat de vente dans lequel il est stipulé que l'effet de ce produit est garanti cinq ans¹¹¹.

Certaines clauses ne dénaturent pas le contrat et sont tout à fait justifiées vu la nature du contrat. Ainsi, on a jugé qu'une obligation de garantie était tout à fait légitime dans une cession de contrat à titre onéreux vu les prescriptions de l'article 1639¹¹². Il est

109. *Abadie c. Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec*, J.E. 2000-1176 (C.Q.).

110. *Huot c. Systèmes de sécurités Nasa inc.*, J.E. 2001-1216 (C.Q.).

111. *St-Pierre c. Canadian Tire Magasins associés*, B.E. 97BE-560 (C.Q.).

112. *Services de financement Primus Canada inc. c. 2625-2106 Québec inc.*, J.E. 2002-1303 (C.S.).

de la nature d'un contrat à exécution successive qu'il puisse être résilié dans un certain délai. En l'occurrence, un préavis de deux mois n'est pas abusif pour un contrat de distribution¹¹³. Toutefois si l'exercice de ce préavis est fait sans respecter les exigences de la bonne foi, de l'équité et de la loyauté, il constitue un abus de droit. La clause d'un contrat de cautionnement qui prévoit que le prêteur n'a pas à exercer son recours contre le débiteur préalablement n'est ni excessive ni déraisonnable et n'est pas si éloignée des obligations qui découlent des règles gouvernant habituellement les contrats de cette nature¹¹⁴. Enfin, il est de la nature d'un contrat de rente viagère qu'il se termine avec le décès. L'absence d'une clause garantissant le versement des rentes pour une durée minimum n'est pas abusive¹¹⁵.

2.1.4.2 Les champs d'application fréquents

Certains types de clauses ou certains contrats ont plus fréquemment fait l'objet d'un examen par les tribunaux que d'autres.

*Clause d'exonération de responsabilité*¹¹⁶. Une clause qui empêche une partie d'invoquer l'exception d'inexécution est abusive¹¹⁷. Une clause qui fait supporter à l'adhérent une responsabilité qui outrepassé l'objet du contrat est abusive¹¹⁸. Dans un même ordre d'idées, une clause qui empêche d'invoquer la force majeure est abusive¹¹⁹.

Clause d'exclusion de garantie. Est abusive : la clause qui exclut la garantie tant que le prix n'est pas entièrement acquitté¹²⁰;

113. *Bertrand Équipements inc. c. Kubota Canada ltée*, [2002] R.J.Q. 1329 (C.S.).

114. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Promotions Atlantiques inc.*, précité, note 55.

115. *Tellier c. La mutuelle du Canada, compagnie d'assurance sur la vie*, J.E. 98-1530 (C.S.). Dans cette affaire le crédit-rentier est décédé après quatre versements.

116. Ces clauses se retrouvent souvent dans les contrats d'assurance. À titre d'exemples, voir : *Wofford c. Boreal Insurance inc.*, [1995] R.R.A. 811 (C.Q.); *Michaud c. Société mutuelle d'assurances générales du comté de Rivière-du-Loup*, [1997] R.R.A. 629 (C.Q.); *Vachon c. Aetna, compagnie d'assurance-vie du Canada*, B.E. 99BE-1113 (C.Q.).

117. *Sinto Laurentides inc. c. Brennan*, J.E. 200-1488 (C.S.); *Un seul prix \$ inc. c. Sadek*, B.E. 98BE-698 (C.Q.); *Société générale Beaver inc. c. Gagné*, B.E. 97BE-645 (C.Q.).

118. *Allstate, compagnie d'assurances c. Ville de LaSalle*, précité, note 58.

119. *Société de transport de la Rive-Sud de Montréal c. 158880 Canada inc.*, [2000] R.J.Q. 1332 (C.Q.).

120. *Garderie Ste-Thérèse-de-Lisieux c. Gestion J.M.P. inc.*, [1996] 614 R.L. (C.Q.).

la clause qui prohibe le transfert de la garantie au second acquéreur¹²¹; la clause qui offre une garantie de cinq ans mais qui la réduit au remboursement du coût du produit¹²².

Clause de résiliation du contrat. Les tribunaux ont souvent à déterminer si la clause permettant la résiliation du contrat est abusive. Il convient de souligner que la clause de résiliation n'est pas abusive en soi¹²³, mais que ses modalités¹²⁴ ou sa mise en œuvre¹²⁵ peuvent l'être. Dans ce dernier cas, on est plutôt en présence d'un abus de droit et que d'une clause abusive.

Clauses dans un contrat de travail. La clause qui prive indûment l'adhérent des bénéfices du contrat est souvent abusive. À titre d'exemple, une clause à un contrat de travail qui exige que l'employé soit encore à l'emploi pour obtenir le paiement d'un boni est abusive lorsque le départ de l'employé est involontaire¹²⁶. Un délai de préavis de trois mois pour quitter un emploi est abusif, si la preuve démontre que l'employeur n'a pas subi de préjudice suite au départ de l'employé¹²⁷. Le contrôle du contenu d'un contrat de travail ne se fait pas uniquement par l'article 1437. La clause qui exige que l'employé réside sur le territoire de la municipalité qui l'engage porte atteinte au respect de la vie privée, liberté qui est protégée par la Charte¹²⁸.

121. *Turbide c. Toyota Canada inc.*, J.E. 2000-285 (C.Q.).

122. *St-Pierre c. Canadian Tire Magasins associés*, précité, note 111.

123. *Jos Dubreuil & Fils ltée c. Ford New Holland Canada tée*, B.E. 2000BE-486 (C.A.); *Bertrand Équipements inc. c. Kubota Canada ltée*, précité, note 113. Le tribunal est d'avis qu'il est de la nature même d'un contrat à exécution successive qu'il puisse être résilié dans un certain délai.

124. *3390152 Canada inc. c. 3056309 Canada inc.*, précité, note 60 [est abusive la résiliation unilatérale sans compensation d'un contrat qui a duré cinq ans]; *Automobiles Duclos inc. c. Ford du Canada ltée*, précité, note 54 [le délai de 15 jours est insuffisant pour mettre un terme à un contrat de concession vu la nature du contrat et la durée des relations contractuelles]; *Moss c. Sunys Petroleum inc.*, précité, note 85. Un délai de résiliation d'une semaine a été jugé abusif.

125. *Audet c. Jetté*, précité, note 32. L'exercice du droit de résilier le contrat est abusif.

126. *Mc Andrew c. Supermarché Tassé ltée*, J.E. 96-2308 (C.Q.). En ce qui a trait à l'exigence d'être à l'emploi pour obtenir des commissions gagnées, voir : *Blais c. I.T.T. Canada Finance inc.*, J.E. 95-772 (C.S.).

127. *Orsonique inc. c. Girard*, précité, note 106; *Latreille c. L'industrielle-Alliance, compagnie d'assurance sur la vie*, J.E. 98-415 (C.S.).

128. *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1997] 3 R.C.S. 844.

Clause de non-concurrence. Les critères pour évaluer la validité de ces clauses ont été définis par la jurisprudence¹²⁹ sous l'ancien code, puis précisés en ce qui a trait au contrat de travail à l'article 2089 C.c.Q. Ce dernier exige alors de plus, que ces limites soient nécessaires pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur. Ces paramètres doivent servir de référence pour évaluer si la clause est excessive et déraisonnable. L'article 2089 est un régime spécifique, alors que l'article 1437 est voué à s'appliquer à plusieurs types de clause¹³⁰. Ainsi, l'article 1437 n'apporte rien de plus, car la jurisprudence a déjà établi les critères pour juger de la validité des clauses de non-concurrence par rapport à la liberté de travail ou la liberté de commerce. De plus, certaines restrictions contenues dans un contrat de travail découlent de l'obligation de loyauté¹³¹. Toutefois, dans certains cas, ce n'est plus la portée de la clause qui est mise en cause, mais l'exigence de non-concurrence qui est, en soi, carrément abusive. C'est le cas d'une clause qui impose de ne pas travailler ailleurs, alors que l'employeur n'est en mesure d'offrir qu'un travail à temps partiel¹³².

Clause relative au paiement d'intérêts. Les tribunaux ont souvent à intervenir pour statuer sur le taux d'intérêt¹³³. L'article 1437 n'est pas le seul outil, car l'article 2332 s'applique s'il s'agit d'un contrat de prêt¹³⁴.

Autres clauses abusives. La clause qui exige le remboursement d'une dette éteinte par la faillite est abusive¹³⁵. La clause qui permet

129. Rappelons que la clause de non-concurrence pour ne pas être contraire à l'ordre public et entraver la liberté de travail ou de commerce doit être limitée quant à sa durée, à son territoire et quant aux activités visées.

130. *Graphiques Matrox inc. c. Nvidia Corp.*, J.E. 2001-1591 (C.S.); *Jean-Jacques Verreault et Associés inc. c. Larrivée*, J.E. 98-1979 (C.S.).

131. La loyauté commande qu'un ex-employé ne s'approprie pas des renseignements confidentiels et la clause l'interdisant est parfaitement justifiée. *Services Investors ltée c. Hudson*, J.E. 98-1329 (C.S.).

132. *Agence de placement Hélène Roy c. Rioux*, précité, note 24.

133. *Crédit-bail R.G. inc. c. Épicerie 2H (1990) inc.*, précité, note 56; *Caisses enregistreuses Dijitec inc. c. Création Claude Perron inc.*, précité, note 56; *Sun Life Trust Co. c. Bionaire inc.*, précité, note 59. Frais de retard de 24 %.

134. Frais abusifs : *Aumont c. Laprise*, B.E. 2000BE-1233 (C.Q.) 29 %; *Bénéficial Canada inc. c. Sirois*, [2000] R.L. 329 (C.Q.) 37,66 %; *Bénéficial Canada inc. c. Nadeau*, B.E. 99BE-469, (C.Q.) 38,52 %; *Services financiers Avco Canada ltée c. Bourdeau*, B.E. 97BE-423 (C.Q.) 37,38 %; *Crédit Trans-Canada ltée c. Prévost*, [1995] R.J.Q. 977 (C.Q.) 39,85 %; Étrangement un taux de 39,61 % n'a pas été considéré comme abusif. *Crédit Trans-Canada ltée c. Mc Clemens*, [1995] R.J.Q. 985 (C.Q.).

135. *St-Germain c. Ministère de l'Éducation du Québec*, précité, note 33.

au locateur à la fois de reprendre possession des biens loués, de les conserver et de plus réclamer la totalité du solde dû est abusive¹³⁶.

Dans certaines situations, l'article 1437 n'est d'aucune utilité. Dans une déclaration de copropriété, la destination de l'immeuble justifie certaines restrictions au droit de propriété. C'est par rapport à ce critère que doivent être évaluées et validées les clauses d'une déclaration de copropriété ou les règlements de l'immeuble¹³⁷. La nature du contrat, qu'il soit d'adhésion ou de gré à gré, n'est pas pertinente en l'espèce.

Clauses non abusives. À titre d'exemples, n'ont pas été jugées abusives: la clause d'élection de for¹³⁸, la clause d'hypothèque mobilière dans un bail commercial¹³⁹, une réserve de discrétion pour le créancier d'une obligation¹⁴⁰, une clause d'exclusivité¹⁴¹, l'obligation financière du parrain dans un contrat de parrainage¹⁴².

2.1.4.3 *Le cas de la clause pénale*

Pour terminer, notons que le Code accorde dans certains domaines, telle la clause pénale, un pouvoir d'intervention pour contrer la pénalité qui peut être abusive. Nous avons choisi de ne pas étudier cette question en détail car, d'une part, le pouvoir du juge n'est pas exclusif au contrat d'adhésion et que d'autre part, son pouvoir d'intervention repose sur un texte précis, l'article 1623¹⁴³. Il existe une controverse en doctrine à savoir si cet article évolue dans un cadre autonome des critères édictés à l'article 1437. Selon certains, l'article 1437 ne doit pas servir de fondement à

136. *Société générale Beaver inc. c. Destefano*, précité, note 56.

137. À bon escient, la Cour d'appel a interprété certains articles d'un règlement d'une copropriété à la lumière de l'article 1056 et non pas par rapport à l'article 1437 comme l'avait fait la Cour supérieure. *Syndicat des copropriétaires de L'Aristocrate c. Morgan*, B.E. 2002BE-885 (C.A.), instance inférieure, [2000] R.J.Q. 1516.

138. *2617-3138 Québec inc. c. Roger Cantel inc.*, J.E. 98-1014 (C.S.).

139. *Placements Étinvest ltée c. Beignes R.S.D. inc.*, B.E. 98BE-662 (C.Q.).

140. *Services financiers Commcorp inc. c. Contant*, J.E. 95-308 (C.S.).

141. *Slush Puppie Canada inc. c. Assi*, précité, note 79.

142. *Procureur général du Québec c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 33; *H.S. c. Ministère de la Solidarité sociale du Québec*, [2002] T.A.Q. 168; *Procureur général du Québec c. Nicolas*, précité, note 33; *Le c. Le*, J.E. 94-685 (C.S.).

143. Pour des exemples d'application : *2429-8952 Québec inc. c. Ville de Trois-Rivières*, précité, note 12 [réduction d'une clause pénale abusive dans un contrat de gré à gré].

l'intervention du tribunal lorsqu'il s'agit d'une clause pénale¹⁴⁴. L'article 1623 n'édicte aucun critère pour qualifier une clause pénale d'abusives. Les critères de l'article 1437 ne s'appliqueraient pas en l'espèce. Pour d'autres, il y a lieu d'appliquer les critères de l'article 1437 car « il serait étonnant que le juge puisse être ici plus sévère dans son appréciation de l'abus qu'il ne pourrait l'être dans le cadre des contrats d'adhésion »¹⁴⁵. Quant à Lluelles, les critères doivent servir de guide, sans plus¹⁴⁶. En jurisprudence, certains jugements s'appuient sur les critères de l'article 1437¹⁴⁷, d'autres ne se sentent pas liés par ces derniers¹⁴⁸.

La doctrine s'entend toutefois à l'effet que le seul pouvoir conféré au juge en ce qui a trait à une clause pénale est celui de la réduire¹⁴⁹. Baudouin et Jobin expliquent que l'article 1437 qui a une vocation générale, ne saurait être invoqué pour élargir la portée d'une disposition particulière et permettre au juge d'annuler une clause pénale. Pineau et Gaudet précisent que « le tribunal qui procédera à la réduction de la peine doit maintenir celle-ci au-delà du préjudice réel, à défaut de quoi il se trouverait à faire totalement disparaître l'utilité d'une telle clause »¹⁵⁰. Nous partageons cet avis, car la clause pénale n'a pas un fondement uniquement compensatoire.

2.2 La clause externe

Le contenu obligationnel d'un contrat ne se retrouve pas toujours dans un seul document. Il serait en effet fastidieux d'obliger les parties à retranscrire le contenu d'autres documents dans le contrat. Pour intégrer ces dispositions externes dans

144. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 9, n° 107, p. 125.

145. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 3, n° 469, p. 798.

146. D. LLUELLES, *op. cit.*, note 10, n° 896, p. 503. Au même effet : V. KARIM, *op. cit.*, note 97, p. 554.

147. *Service de linge Mirabel inc. c. Orientech inc.*, J.E. 2002-1967 (C.Q.); *Gestion Jeroden inc. c. Hotels Canada inc.*, précité, note 24; *Serviettes industrielles Normand inc. c. Automobiles Rivière-du-Loup inc.*, J.E. 96-1384 (C.Q.); *Immeubles des brasseries Molson ltée c. Kellandale Investments inc.*, [1995] R.J.Q. 154 (C.S.).

148. *Voyages Héritages A. & G. inc. c. 9041-2784 Québec inc.*, J.E. 2003-603 (C.S.); *151276 Canada inc. c. Verville*, [1994] R.J.Q. 2950 (C.S.).

149. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 9, n° 109, p. 127; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 3, n° 469, p. 798.

150. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 3, n° 469, p. 798.

le champ contractuel, le Code civil exige toutefois un renvoi express¹⁵¹ qui, s'il est normalement fait par écrit, peut néanmoins être verbal¹⁵².

La théorie générale des obligations est à l'effet que le renvoi fait à un document connexe fait partie intégrante du contrat et oblige les parties. Dans un tel cas, soit le contractant obtient le document externe et l'examine avant de donner son consentement, soit il décide d'assumer le risque de donner son consentement sans connaître précisément le contenu obligationnel du contrat. Il se retrouve alors à peu près dans la même situation qu'un contractant qui signe un contrat sans l'avoir lu. Comme l'explique le professeur Lluelles, « un cocontractant accepte à l'avance de se plier à des conditions qu'il ne connaît pas nécessairement, mais dont il espère sans doute qu'elles sont justes et raisonnables. L'autonomie de la volonté justifie la légalité de principe de cet assujettissement. »¹⁵³.

La technique du renvoi permet au contractant d'avoir connaissance de l'étendue du champ contractuel, mais n'est pas suffisante pour assurer la connaissance du contenu obligationnel. En effet, il n'est pas toujours aisé pour un contractant de prendre connaissance de ces règles au moment de la conclusion du contrat et la pratique contractuelle a amené des abus qui sont particulièrement susceptibles de survenir lors de la conclusion d'un contrat d'adhésion, car le rapport de force des contractants est déséquilibré. Il n'est pas inusité qu'une clause d'exonération de responsabilité se retrouve à l'endos d'une facture et non dans le contrat lui-même. On peut alors soupçonner que la partie qui profite d'une telle clause

151. Certains contrats, tels le bail à logement, la copropriété divise ou le contrat d'assurance terrestre, ont un régime particulier. Pour ces contrats, voir : Didier LLUELLES, « Le mécanisme de renvoi contractuel à un document externe : droit commun et régimes spéciaux », (2002) 104 *R. du N.* 11, 35 et s. Une police d'assurance rédigée en anglais seulement et remise à un assuré unilingue français n'est pas délivrée au sens de l'article 2400 C.c.Q. En conséquence, la clause d'exclusion qu'elle contient constitue une clause externe au contrat. *Parent c. British Aviation Insurance Group (Canada) Ltd.*, précité, note 53. C'est dans un même ordre d'idées que le législateur exige que l'avis d'exclusion ou de limitation de responsabilité soit porté à la connaissance de l'autre partie au moment de la formation du contrat en vertu de l'article 1475 C.c.Q.

152. Ce renvoi pourrait être verbal dans le cas d'un contrat verbal. D. LLUELLES, *loc. cit.*, note 151, p. 11, 24. Le professeur Lluelles est par ailleurs d'avis que le renvoi peut être fait verbalement même dans un contrat écrit sous réserve des problèmes de preuve. (p. 25).

153. D. LLUELLES, *loc. cit.*, note 151, p. 11, 13.

ait voulu qu'elle passe inaperçue, à tout le moins peut-on affirmer qu'il y a de fortes chances pour que le consentement du cocontractant n'ait pas été donné en toute connaissance de cause. Pour contrer certains abus, le législateur a introduit une exception quant aux effets d'une clause externe, lorsque cette dernière fait partie d'un contrat d'adhésion¹⁵⁴.

Afin de s'assurer que l'adhérent donne un consentement éclairé, le Code énonce à l'article 1435 que la clause externe doit être portée à sa connaissance lors de la formation du contrat à moins que le stipulant ne puisse prouver que l'adhérent en avait par ailleurs connaissance. Ce défaut de connaissance est fatal¹⁵⁵. Le stipulant a donc une obligation de renseignement à l'égard de l'adhérent.

Cet article devrait être qualifié d'ordre public¹⁵⁶. En conséquence, une clause au contrat qui prévoirait que l'adhérent est tenu de prendre connaissance du document externe serait nulle. La doctrine nous enseigne que la nullité d'une clause externe est relative et ne peut être invoquée que par l'adhérent, car il s'agit d'un ordre public de protection¹⁵⁷. Le but de l'article 1435 est de protéger le cocontractant, afin qu'il ait connaissance du champ contractuel. Ainsi, il est légitime que les tribunaux¹⁵⁸ aient accepté qu'un cocontractant puisse invoquer et bénéficier d'une disposition contenue dans un document externe, en l'occurrence le manuel de l'employé, pour lequel aucun renvoi n'avait été fait dans le contrat initial, mais dont le cocontractant avait connaissance. On a d'ailleurs fait remarquer que l'article 1435 ne dit pas que seule la clause externe annoncée par un renvoi est valide, mais édicte plutôt une présomption de validité¹⁵⁹.

La technique de l'annexe dans un acte notarié ne pose pas de problème, car l'annexe fait partie intégrante du contrat. On ne peut pas véritablement parler de clause externe. Par ailleurs, la paraphe des parties démontre qu'elles en ont eu connaissance.

154. Cette disposition s'applique également au contrat de consommation.

155. *Poissonnerie Bari c. Gestion Inter-parc inc. (National Tilden)*, précité, note 59; *Labelle c. Commission scolaire de la Vallée-des-Tisserands*, B.E. 2002BE-934 (C.Q.).

156. D. LLUELLES, *loc. cit.*, note 151, p. 11, 29.

157. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 3, n° 278, p. 421.

158. *Robitaille c. Centre Rail-Control inc.*, J.E. 2001-1153 (C.S.).

159. D. LLUELLES, *loc. cit.*, note 151, p. 11, 20.

Enfin, contrairement à ce qui est requis par l'article 1436 en ce qui concerne les clauses illisibles et incompréhensibles, l'adhérent n'a pas à prouver qu'il a subi un préjudice pour obtenir la nullité de la clause externe et la priver d'effet.

2.2.1 La qualité de clause externe

Il convient donc de déterminer au départ ce qui constitue une clause externe. La clause externe sous-tend l'existence d'un document séparé¹⁶⁰ du contrat, tels une brochure publicitaire¹⁶¹, une clause sur la jaquette contenant le document de location¹⁶², le règlement de l'immeuble dans un contrat de bail, le manuel d'exploitation dans un contrat de franchise, la clause à l'endos d'un billet d'avion¹⁶³. D'autres clauses peuvent être qualifiées de clauses externes à un contrat, telle la clause d'exonération ou de limitation de responsabilité contenue sur une affiche. Cette dernière a un régime particulier qui n'est pas limité au contrat d'adhésion¹⁶⁴.

Ne sont pas considérées comme des clauses externes les dispositions qui émanent de l'autorité publique comme la loi ou les règlements. Dernièrement, la Cour d'appel a précisé « qu'une loi fait partie du contenu obligationnel par l'application de l'article 1434 du Code civil, donc elle n'est pas une clause externe au sens de l'article 1435 C.c.Q. et n'a pas besoin d'être portée à la connaissance du cocontractant pour être valide »¹⁶⁵.

La clause figurant au verso n'est pas externe au contrat¹⁶⁶. Il se peut que cette clause puisse être privée d'effet, mais en vertu d'autres dispositions du Code civil. En effet, la clause au verso peut parfois être considérée comme illisible. C'est toutefois le régime de l'article 1436 qui trouve alors application et, contrairement à l'article 1435, la preuve d'un préjudice est alors requise.

160. Il ne faut pas confondre l'objet du contrat d'une de ses clauses. *La garantie, compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. Bélanger*, J.E. 96-640 (C.S.).

161. *Brault c. Voyages du Suroît*, J.E. 2001-1447 (C.Q.).

162. *Avis Car inc. c. Mutshitay*, B.E. 2001BE-248 (C.Q.).

163. *Verrault c. 124851 Canada inc.*, J.E. 2003-628 (C.Q.).

164. Art. 1475 C.c.Q.; *Nadeau c. Cantin*, J.E. 2001-1027 (C.Q.).

165. *Hydro-Québec c. Surma*, précité, note 34.

166. *Construction Gilles Gagnon inc. c. Bouchard*, B.E. 2000BE-1166 (C.Q.); *2622-1374 Québec Inc. c. Sardo*, J.E. 98-1767 (C.Q.); *Location d'équipement Jalo-Simplex ltée c. Animation Produlik inc.*, B.E. 97BE-410 (C.Q.).

2.2.2 La connaissance de la clause lors de la formation du contrat

Dans les contrats d'adhésion, le renvoi express à une clause externe n'est pas suffisant. Il faut de plus que le stipulant porte cette clause externe à la connaissance de l'adhérent au moment de la formation du contrat.

Le devoir d'information du stipulant est une obligation de moyen¹⁶⁷. Son obligation est de porter à la connaissance de l'adhérent la clause externe. Il n'a pas à s'assurer que l'adhérent a compris les renseignements fournis¹⁶⁸. Au minimum, le document externe doit être remis¹⁶⁹. Selon Popovici, la connaissance de l'adhérent devrait s'évaluer *in abstracto*, c'est-à-dire que le stipulant devra prouver qu'il a pris tous les moyens pour que l'adhérent prenne connaissance de la clause et non pas prouver la connaissance effective de la clause par l'adhérent¹⁷⁰.

Certaines conditions du contrat figurent sur des documents postérieurs aux contrats. C'est notamment les conditions qui sont écrites seulement sur la facture¹⁷¹ ou sur le bon de livraison. En principe, il s'agit de clauses externes qui ne sont pas opposables à l'adhérent car elles n'ont pas été portées à sa connaissance lors de la formation du contrat.

Vu cette condition imposée par le législateur à l'article 1435, on serait porté à croire que tous documents postérieurs devraient être privés d'effets dans les contrats d'adhésion. Toutefois, malgré le libellé de l'article 1435, la clause externe peut être contenue dans un document postérieur au contrat dans la mesure où l'on peut

167. Adrian POPOVICI, « Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion », (1992) *Meredith Mem. Lect.* 137, 141.

168. *Caisse populaire Desjardins de Neuville c. Paré*, [1999] R.L. 125 (C.Q.).

169. *Bureau c. Beauce, société mutuelle d'assurances générales*, [1996] R.R.A. 241 (C.Q.).

170. *Banque de Toronto-Dominion c. St-Pierre*, B.E. 97BE-974 (C.Q.). Dans cette affaire le tribunal a jugé que le fait de ne pas envoyer personnellement au second titulaire la convention de titulaire d'une carte de crédit privait cette dernière de tout effet car la convention constituait une clause externe qui devait être portée à la connaissance de cet adhérent. Le titulaire principal n'était pas le mandataire de la banque en conséquence La Banque n'a pas pris tous les moyens nécessaires pour s'assurer que le second titulaire en avait connaissance.

171. *Eclipse Optical inc. c. Bada U.S.A. inc.*, [1998] R.J.Q. 289 (C.Q.).

établir qu'il s'agit d'une modification du contrat acceptée par l'adhérent¹⁷². Cette preuve de l'acceptation des nouvelles conditions est incontournable, car le contrat étant un accord de volontés, il ne peut émaner de la volonté unilatérale d'un seul des contractants. En vertu de la théorie générale du contrat, l'acceptation peut être expresse ou tacite. Ces nouvelles conditions se retrouvent souvent sur les factures. Le paiement de la facture qui contient de nouvelles conditions au contrat vaut-elle acceptation tacite ? Les enseignements du droit français qui contient une règle identique peuvent nous servir. Le professeur Ghestin est d'avis que l'on ne peut déduire qu'il y a eu acceptation tacite de la part de l'adhérent du seul fait qu'il n'ait pas dénoncé la clause¹⁷³. Ce que le contractant accepte en payant la facture, c'est de recevoir l'objet et de payer le prix. En effet, la plupart des contractants ne relisent pas les conditions figurant sur une facture et se fient plutôt au contenu du contrat initial. Le paiement de la facture ne saurait alors équivaloir à une acceptation tacite.

Une variante de cette problématique existe à l'égard des clauses externes qui évoluent au cours de la relation contractuelle. M^e Gagnon donne comme exemple le règlement d'un centre commercial¹⁷⁴ ou le manuel d'exploitation d'un établissement franchisé. Les impératifs du marché peuvent nécessiter que des modifications soient apportées à ces documents durant le contrat. S'agissant de clauses externes, elles doivent, d'une part, être portées à la connaissance de l'adhérent et ce, d'autre part, lors de la formation du contrat. L'exigence de porter le document à la connaissance de l'adhérent peut être exécutée aisément, mais elle est faite durant le contrat et non lors de la formation de ce dernier. La doctrine¹⁷⁵ considère que cette situation doit s'analyser comme une modification du contrat et que la clause externe doit être

172. Cette solution est retenue par certains auteurs français. G. BERLIOZ, *op. cit.*, note 11, p. 61. Pour une illustration où une modification à un règlement n'a pas été acceptée, voir : *Meunerie Philippe Dalphond & Fils inc. c. Ville de Joliette*, J.E. 97-450 (C.S.).

173. Jacques GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : Formation*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1990, n^o 426, p. 387.

174. Jean H. GAGNON, « Le contrat d'adhésion sous le *Code civil du Québec* », dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit commercial (1995)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 1, 29. Encore faut-il pour que cette problématique existe que le contrat de bail commercial soit considéré comme un contrat d'adhésion ce qui n'est pas la tendance jurisprudentielle à l'heure actuelle.

175. A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 167, p. 137, 143; D. LLUELLES, *loc. cit.*, note 151, p. 11, 33.

acceptée par l'adhérent pour produire des effets juridiques à son égard. L'adhérent ne peut, par une clause du contrat, s'engager à l'avance à accepter des modifications ultérieures dont il ne peut avoir pu prendre connaissance lors de la formation du contrat¹⁷⁶.

2.2.3 La connaissance déjà acquise de l'adhérent

Pour se libérer de l'obligation de porter la clause externe à la connaissance de l'adhérent, le stipulant peut prouver que l'adhérent « en avait par ailleurs connaissance ». À ce jour, il n'y a pas de corpus jurisprudentiel qui s'est développé pour en circonscrire les pourtours.

Dans quelle situation l'adhérent peut-il « en avoir par ailleurs connaissance » ? Peut-on démontrer que l'adhérent avait une connaissance de la clause en invoquant l'usage ? L'Office de révision du Code civil avait fait une proposition dans ce sens qui n'a pas été reprise. Les commentaires du législateur indiquent qu'une telle preuve n'est pas permise¹⁷⁷. Sans s'être expressément prononcé en ce qui a trait à l'usage, l'examen de la jurisprudence démontre que les tribunaux exigent une connaissance effective de la clause externe pour lui donner effet¹⁷⁸. Ainsi une clause dans un contrat de location libellé comme suit : « J'ai lu et j'accepte les conditions figurant dans le présent document ainsi que sur la jaquette du document de location qui m'a aussi été remise avec le présent document » ne produit pas d'effet si elle n'a pas été portée à l'attention de l'adhérent au moment de la formation du contrat¹⁷⁹. Le stipulant doit prouver la connaissance effective de la clause externe, une connaissance présumée ne saurait suffire.

176. Le tribunal a privé d'effet un règlement adopté par une corporation après la signature d'un contrat même si le contrat prévoit que les règlements en font partie intégrante. *Goulet-Levert c. Repos St-François d'Assise*, B.E. 99BE-485 (C.Q.).

177. Gil RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice – Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 871. Une partie de la doctrine opine dans le même sens : N. CROTEAU, *loc. cit.*, note 19, p. 1, 16; D. LLUELLES, *loc. cit.*, note 151, p. 11, 31; *contra* : A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 167, p. 137, 141.

178. *Dubé c. Secrétariat de l'action catholique de Joliette*, J.E. 2001-2111 (C.A.); *Général Accident, compagnie d'assurance du Canada c. Genest*, [2001] R.R.A. 15 (C.A.).

179. *Avis Car inc. c. Mutshitay*, précité, note 162.

Si l'usage ne peut être invoqué, dans quelle situation l'adhérent peut-il en avoir par ailleurs connaissance ? Cette connaissance n'a pas à être contemporaine du contrat et peut à certaines occasions reposer sur le contenu d'un contrat passé¹⁸⁰. En effet, on peut penser à la situation où deux personnes transigent fréquemment ensemble, alors que le contenu du contrat est toujours le même. Nous croyons que le fait pour le stipulant d'avoir dans le passé porter la clause externe à la connaissance de l'adhérent pourrait valoir pour les contrats subséquents. Cette situation doit se distinguer de l'usage et de la connaissance présumée, car l'adhérent a réellement pris connaissance de la clause. Si le contrat renvoie à la clause externe, le stipulant pourrait devoir prouver qu'il a, dans le passé, porté la clause à la connaissance de l'adhérent. Plus le temps passera, plus cette preuve peut s'avérer difficile à faire. Par contre, le fait d'avoir déjà eu une relation contractuelle n'implique pas que les conditions de l'ancien contrat s'appliquent au nouveau automatiquement même si elles ne sont pas reprises dans le nouveau contrat. L'ancien contrat peut cependant constituer une clause externe. La Cour supérieure a décidé que pour ce faire il faut alors que le contrat subséquent réfère sans équivoque au contenu du contrat antérieur et que ce dernier doit être porté à l'attention de l'adhérent au moment de la signature du second contrat¹⁸¹. Nous partageons l'opinion de la Cour en ce qui a trait à la nécessité de référer à l'ancien contrat pour que son contenu fasse partie intégrante du nouveau. Dans cette affaire, la clause de référence était très ambiguë, le stipulant ayant indiqué une date qui ne correspondait pas à la date de la signature du premier contrat, mais qui était plutôt contemporaine à une entente verbale subséquente. La Cour motive cependant de plus sa décision par le fait que la clause externe (en l'occurrence l'ancien contrat) n'a pas été portée à la connaissance de l'adhérent lors de la formation du contrat subséquent. Nous croyons qu'ici, nous aurions pu prétendre que l'adhérent « en avait par ailleurs connaissance ». N'avait-il pas signé ce contrat quelques mois auparavant ?

2.3 La clause illisible ou incompréhensible

L'article 1436 stipule que :

Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le

180. D. LLUELLES, *loc. cit.*, note 151, p. 11, 31.

181. *I.E.G. systems Consultants inc. c. Energia Systems Corp.*, J.E. 2001-2077 (C.S.).

consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent.

À la lecture de cet article, plusieurs éléments sont requis pour faire déclarer nulle une clause illisible ou incompréhensible. Premièrement, la clause doit être soit illisible, soit incompréhensible pour une personne raisonnable. Le contenu d'un contrat peut échapper au cocontractant soit parce qu'il a été difficile voire impossible d'en prendre connaissance soit parce qu'il n'a pas pu en comprendre le sens. Cet article vise donc deux réalités. Deuxièmement, on tient compte de l'effet réel de la clause. Seule l'existence d'un préjudice permet de priver la clause de son effet. Troisièmement, malgré les caractéristiques de la clause et son effet, cette dernière sera maintenue si le contractant s'est engagé en connaissance de cause. Le législateur donne ici un moyen de défense au stipulant en lui permettant de faire la preuve que la clause a été portée à l'attention de l'adhérent et qu'elle lui a été expliquée. Dans un tel cas, le caractère éclairé du consentement est préservé. En conséquence, il n'y a pas lieu de remettre en cause le principe de la force obligatoire du contrat. L'article 1434 s'applique alors pleinement.

2.3.1 Le caractère illisible

Dans un premier temps, l'article 1436 sanctionne la présentation matérielle de la clause. Baudouin et Jobin expliquent qu'il s'agit ici d'une exigence de forme¹⁸². Ils donnent comme exemple la clause en caractères si fins qu'il devient impossible pour une personne raisonnable de la lire¹⁸³. On peut également penser à la couleur de l'encre et du papier utilisés. Mais derrière la forme se cache un problème de fond qui influence le caractère éclairé du consentement. Ainsi, pour Pineau et Gaudet, la facture matérielle de la clause laisse supposer que l'auteur ne voulait pas que la clause soit lue et connue¹⁸⁴. Cette intention du stipulant, que le législateur vise à contrer par l'introduction de l'article 1436, devrait

182. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 9, n° 191, p. 196.

183. Pour déterminer ce qu'est un caractère illisible, le tribunal peut s'inspirer des modalités prescrites aux articles 26 à 28.1 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*.

184. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 3, n° 238, p. 422.

nous amener à analyser plus largement la portée de cet article et ne pas la restreindre exclusivement à une clause illisible vu ses caractéristiques matérielles, tels le caractère d'imprimerie¹⁸⁵ et la couleur de l'impression.

Ainsi, malgré un aspect matériel *a priori* adéquat, on peut penser que la clause pourra être illisible si elle est dissimulée. En effet, la jurisprudence a tenu pour illisible une clause en raison de son emplacement dans le contrat. On a jugé qu'en raison de l'endroit où elle était située et parce qu'elle était noyée parmi d'autres clauses, une clause de cautionnement devait être portée à la connaissance du signataire¹⁸⁶. Dans un même ordre d'idées, la clause située au verso du contrat peut être considérée comme illisible, car dissimulée à l'adhérent¹⁸⁷. Il en est de même lorsque la référence au verso est rendue illisible, car du texte a été superposé par-dessus la mention « verso »¹⁸⁸. Toutes les clauses se trouvant au verso ne sont pas nécessairement illisibles. Dans une affaire, le tribunal conclut au caractère lisible d'une clause au verso au motif que la défenderesse a reçu copie du contrat et l'a gardée en sa possession. Ce motif ne saurait servir de justification au caractère lisible d'une clause, car ce caractère doit normalement s'apprécier au moment de la formation du contrat le but de cet article étant d'assurer le consentement éclairé. Le fait d'avoir pu prendre connaissance du contrat après sa signature n'a aucune influence sur la qualité du consentement qui a déjà été donné.

2.3.2 Le caractère incompréhensible

Le terme incompréhensible réfère au contenu de la clause et au vocabulaire utilisé¹⁸⁹. Cet article permet de sanctionner les

185. *Sun Life Trust Co. c. Bionaire inc.*, précité, note 59.

186. *Bonneville Portes et fenêtres, division de Groupe Becenor inc. c. Constructions J.S.M. Ouellet inc.*, J.E. 2001-837 (C.Q.). Dans cette affaire toutefois, le motif déterminant pour le juge est l'absence de consentement libre et éclairé de la prétendue caution. Le tribunal considère qu'il y a eu un dol qui résulte d'un silence. Ici, la clause constituait un contrat en soi, un cautionnement. Il n'y avait pas lieu d'invoquer le caractère illisible de la clause pour en obtenir la nullité. La théorie générale des obligations était suffisante.

187. *Location d'autos Mont-Royal c. Martzouco*, J.E. 99-750 (C.Q.). Tel aurait pu être le fondement de l'affaire *Location du cuivre ltée c. Construction Cardel inc.*, précité, note 59, quoique le tribunal ait rendu sa décision sur la base de l'article 1437; *contra* : *Location d'équipement Jalon-Simplex ltée c. Animation Produlix inc.*, précité, note 166, où le juge arrive à la conclusion qu'une clause située au verso et imprimée en petits caractères n'est pas illisible.

188. *Location de voitures compactes c. Moïse*, J.E. 97-1467 (C.Q.).

189. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 9, n° 191, p. 196.

textes abscons et obscurs. C'est notamment le cas d'une question qui contient tellement d'éléments¹⁹⁰ qu'il est impossible d'y répondre par oui ou par non ou la clause où des mots sont manquants¹⁹¹. Une telle clause ne peut que semer la confusion. L'incompréhensibilité réfère à l'intelligence du contrat. « La preuve que l'adhérent a bien compris le sens de ses obligations est ainsi plus exigeante que celle de la connaissance. »¹⁹². Pour recevoir application, la clause doit être incompréhensible en soi. Cette incompréhensibilité doit provenir de la clause elle-même et non de la portée que l'on veut lui donner¹⁹³.

Avec raison, le professeur Moore distingue le concept d'interprétation qui est la recherche du sens d'une clause ambiguë et de celui de l'incompréhension d'une clause qui résulte de l'inaccessibilité du sens. La Cour d'appel opine dans le même sens lorsqu'elle énonce que malgré la rédaction maladroite d'une clause, il n'est pas nécessairement impossible d'y retracer l'intention des parties en faisant appel aux règles d'interprétation. Dans un tel cas, si la clause est ambiguë elle n'est pas pour autant incompréhensible¹⁹⁴. L'interprétation repose sur la recherche de l'intention des parties et ne remet pas en cause l'existence du consentement, alors que l'incompréhension résulte d'une absence de sens qui influe sur l'existence et la qualité du consentement. Il souligne toutefois que dans certains cas ces deux concepts peuvent se superposer. L'absence de sens peut résulter de l'échec du processus d'interprétation. En effet, il n'est pas impensable que l'ambiguïté d'une clause soit telle qu'elle la rende incompréhensible. Il y a alors entre une question d'interprétation qui relève de l'application de l'article 1432 et une question de compréhension visée par l'article 1436 une différence de degré et non de nature¹⁹⁵. Chose certaine, les deux articles ne sauraient être utilisés simultanément et indistinctement, car ils ne visent pas la même réalité et n'ont pas la même

190. *Poirier-Wilson c. Assurance-vie Desjardins-Laurentienne inc.*, J.E. 2000-2102 (C.S.).

191. *Compagnie Commonwealth Plywood c. 9018-2304 Québec inc.*, précité, note 55.

192. N. CROTEAU, *op. cit.*, note 6, p. 152.

193. *Caisse populaire St-Louis-de-France c. Productions Mark Blandford inc.*, [2000] R.J.Q. 1696 (C.A.).

194. *Caisse populaire St-Louis-de-France c. Productions Mark Blandford inc.*, précité, note 193.

195. Benoît MOORE, « Autonomie et spécificité de l'article 1436 C.c.Q. », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 593, 602.

portée¹⁹⁶. Alors que l'article 1432 vise à donner un sens à une clause du contrat afin qu'elle trouve application, l'article 1436 prive la clause d'effet en la déclarant nulle.

Le langage technique, tel le langage juridique, peut être incompris par une personne pour qui il n'est pas familier. Le professeur Moore, s'est interrogé à savoir si une clause rédigée correctement, mais qui comprend des termes relevant du vocabulaire juridique, peut être considérée comme étant une clause incompréhensible et privée d'effet par un tribunal¹⁹⁷. Il est d'avis que soutenir qu'une personne raisonnable est censée comprendre ce que signifie la renonciation au bénéfice de discussion et de division relève de la fiction. Il constate que l'utilisation de l'article 1436 peut être beaucoup plus dangereuse pour la stabilité contractuelle que la portée de l'article 1437 qui permet de sanctionner les clauses abusives. Pourtant l'utilisation de termes propres à la science juridique est souvent incontournable et appropriée. L'utilisation d'un terme consacré transmet un message clair qui ne soulève pas d'ambiguïté. Il suggère donc comme piste d'analyse d'examiner les efforts fournis par les parties, afin de rendre accessible le contenu du contrat et de le comprendre. Le stipulant devra utiliser un langage simple et concis, fournir les explications appropriées alors que l'adhérent devra faire un effort pour comprendre le contenu du contrat, ce qui implique de tenter de se renseigner. Par analogie, il réfère à la nullité pour erreur qui ne peut être sanctionnée si l'erreur est inexcusable. Or, il nous apparaît qu'imposer une telle démarche à l'adhérent, si elle est légitime, va à l'encontre du texte de l'article 1436 qui impose au stipulant une obligation de renseignement¹⁹⁸. La jurisprudence pour sa part se contente d'un langage simple et concis¹⁹⁹.

196. La jurisprudence ne fait pas toujours ces distinctions. Voir les exemples tirés de la jurisprudence et cités par : B. MOORE, *loc. cit.*, note 195, p. 593, 602. Le professeur Moore attribue en partie cette confusion au fait que « la qualification du caractère répréhensible d'une clause, au motif d'ambiguïté excessive, exige *a priori* une recherche de sens avortée. » (p. 603).

197. B. MOORE, *loc. cit.*, note 195, p. 593, 599 et s.

198. Selon Croteau, on ne devrait pas exiger que l'adhérent consulte un expert car cette condition reverserait le fardeau de la preuve et irait à l'encontre de la finalité de l'article qui impose une obligation de renseignement pour le stipulant. N. CROTEAU, *op. cit.*, note 6, p. 153.

199. *Banque de Montréal c. Kontaratos*, B.E. 98BE-85 (C.G.). Dans cette affaire, on a jugé qu'une clause stipulant la responsabilité solidaire avec le premier détenteur d'une carte de crédit était claire.

L'article 1436 ne doit pas être interprété *a contrario* et de ce fait légaliser systématiquement les clauses illisibles ou incompréhensibles dans les contrats de gré à gré. De telles clauses dans un contrat qui n'est pas d'adhésion peuvent être sanctionnées en vertu de la règle générale de l'échange des consentements ou de la règle sur l'erreur²⁰⁰. Si cette solution peut être retenue dans certains cas, elle a une portée plus restreinte car elle se limite aux cas où l'erreur peut donner ouverture à l'annulation du contrat ou à la réduction des obligations. Même si ces deux concepts cherchent à assurer le caractère éclairé du consentement, ils ne font pas double emploi et doivent être distingués l'un de l'autre²⁰¹. Le professeur Moore distingue l'article 1436 du vice de consentement de l'erreur quant au régime et quant au champ d'application²⁰². Contrairement au contractant qui soulève une erreur, l'adhérent n'a pas à démontrer qu'il n'a pas compris une clause, il n'a qu'à démontrer qu'objectivement cette clause ne pouvait pas être comprise par une personne raisonnable. Au surplus, l'article 1436 veille à protéger le caractère éclairé du consentement à l'égard des clauses non essentielles et par conséquent accessoires où le régime de l'erreur n'est d'aucune utilité.

2.3.3 La qualité du cocontractant

L'appréciation du caractère illisible ou incompréhensible de la clause s'évalue en fonction du critère de la personne raisonnable. C'est le même critère qui sert à déterminer l'existence d'une responsabilité extracontractuelle. En conséquence, les enseignements dans ce domaine du droit devraient nous servir de guide afin de déterminer ce qu'est une personne raisonnable. Selon M^e Croteau, il s'agit d'une appréciation *in abstracto* qui doit être objective en se référant à la personne douée d'une intelligence et d'un jugement ordinaire²⁰³. Gagnon critique le choix du législateur de recourir à un critère objectif et aurait préféré une analyse en fonction d'un adhérent en particulier. Il fait remarquer que le recours à une évaluation *in abstracto* empêche d'annuler une clause qui n'a

200. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 9, n° 191, p. 196. Le caractère technique du langage juridique peut provoquer une erreur de droit qui sera sanctionnée par l'article 1400 et qui porterait atteinte au contrat en entier. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 3, n° 238, p. 424.

201. La jurisprudence ne fait pas toujours une telle distinction. *Matériaux Décoren inc. c. Bannwarth*, B.E. 2001BE-509 (C.G.).

202. B. MOORE, *loc. cit.*, note 195, p. 593, 607 et s.

203. N. CROTEAU, *op. cit.*, note 6, p. 153.

manifestement pas été comprise par l'adhérent, parce que jugée compréhensible pour une personne raisonnable²⁰⁴. L'évaluation objective n'empêche pas les tribunaux de tenir compte des qualités propres à l'adhérent et d'apprécier le comportement d'une personne par rapport à celui de son semblable²⁰⁵.

Malgré le libellé de l'article 1436, les tribunaux se sont parfois écartés du critère objectif pour apprécier la compréhension de l'adhérent²⁰⁶.

2.3.4 Le préjudice

Pour obtenir la nullité de la clause, l'adhérent doit prouver qu'il a subi un préjudice. Cet article s'applique indistinctement au contrat d'adhésion et au contrat de consommation²⁰⁷. Or, dans ce dernier cas, le recours du Code civil est parfois de peu d'utilité, car il exige du consommateur la preuve du préjudice alors que

204. J.H. GAGNON, *loc. cit.*, note 174, p. 31; dans le même sens, voir : A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 167, 137, 139 et s.

205. *Bacon-Gauthier c. Banque royale du Canada*, précité, note 53, en *obiter*; *Medi-Dent Service c. Bercovitch*, J.E. 96-2131 (C.S.), où le juge compare un dentiste avec la personne raisonnable ayant une formation universitaire; *Location d'équipement Jalon-Simplex ltée c. Animation Proludik inc.*, précité, note 166. On a tenu compte du fait que l'adhérent a été avocat pendant 30 ans et qu'il est maintenant juge pour ne pas donner ouverture à l'article 1436 et conclure que le langage juridique n'est pas incompréhensible pour une personne initiée. *Corporation. Financière Télétec c. Tremblay*, [1996] R.J.Q. 813 (C.Q.). On a tenu compte du fait que l'adhérent a une formation universitaire et une expérience dans le domaine des affaires. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Promotions Atlantiques inc.*, précité, note 55. Sur l'appréciation *in abstracto* du critère de la personne raisonnable en responsabilité civile, voir : Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^o 154, p. 113.

206. On a tenu compte du fait que l'adhérent est familier avec la clause et qu'il en a discuté avec un représentant dans le passé. *Bonanza Holidays Tour Ltd. c. British Airways*, J.E. 95-1531 (C.S.). Le tribunal se fonde sur la qualité du contractant qui, étant une directrice d'école, ne souffre pas de pauvreté intellectuelle. *2622-1374 Québec inc. c. Sardo*, précité, note 166. Pour valider un cautionnement, on tient compte que ce sont des hommes d'affaires et que ce n'est pas la première fois qu'ils agissent à titre de caution. *International Mercantile Factors Ltd./ Société financière internationale Mercantile ltée c. Galler*, J.E. 95-669 (C.S.).

207. L'article 1436 a une portée plus étendue que les dispositions de la L.P.C. car d'une part, il n'est pas limité à certains contrats et d'autre part, il sanctionne l'incompréhensibilité des clauses et non seulement le fait qu'elles soient illisibles. Sur l'interaction entre la L.P.C. et la C.c.Q., voir : P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 5, p. 569, 598 et s.

pour certains contrats²⁰⁸, ce fardeau incombe au commerçant en vertu de la *Loi sur la protection du consommateur* [ci-après L.P.C.] et permet d'obtenir non seulement la nullité de la clause mais également celle du contrat²⁰⁹.

Mais quelle est la signification de la notion de préjudice ? Pour le professeur Popovici, il s'agit peut être tout simplement de veiller à ce que le stipulant ne puisse invoquer en sa faveur la nullité prévue à l'article 1436²¹⁰. Selon M^e Croteau, il s'agit de démontrer que la clause est une source d'ennuis et de tracas pour l'adhérent et que ce préjudice doit résulter de l'incompréhension par l'adhérent des conditions du contrat²¹¹. La jurisprudence pour sa part ne semble pas exiger une preuve étoffée de l'existence du préjudice, aucune cause n'ayant été rejetée au motif que l'adhérent ne subissait pas de préjudice malgré la présence d'une clause illisible ou incompréhensible.

Pour la professeure Vézina, l'appréciation du caractère illisible ou incompréhensible d'une clause par rapport à une personne raisonnable est intimement liée à la preuve du préjudice. Elle est d'avis que :

Même si on se réfère au modèle abstrait d'une personne raisonnable pour juger du caractère illisible ou incompréhensible d'une clause, il demeure que certains consommateurs ou adhérents bénéficient d'informations particulières qui leur évitent de subir un préjudice malgré le caractère complexe ou abstrait des termes du contrat.²¹²

208. Les contrats visés à l'article 23 L.P.C.

209. Art. 25 et 271 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

210. A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 167, p. 137, 145. Selon le professeur Moore, le caractère relatif de la nullité est suffisant pour arriver à la même conclusion. La nécessité de prouver un préjudice n'apporte rien de plus. B. MOORE, *loc. cit.*, note 195, p. 593, 607.

211. Il ne s'agit pas de sanctionner une clause qui en soi est préjudiciable car l'article ne vise pas le contrôle des iniquités mais plutôt à assurer le caractère éclairé du consentement. Le caractère inéquitable d'une clause est sanctionné par le mécanisme des clauses abusives. N. CROTEAU, *op. cit.*, note 6, p. 154.

212. Nathalie VÉZINA, « Réactions judiciaires à quelques nouveautés de droit des obligations », dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit civil (1995)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 71-88; *contra* : B. MOORE, *loc. cit.*, note 195, p. 593, 607.

2.3.5 L'absence ou la présence d'explications adéquates

Les explications fournies doivent être adéquates, afin de rendre la clause compréhensible et la clause illisible doit être lue. Selon le professeur Popovici, il s'agit d'une obligation de moyens et non de résultat²¹³. Le stipulant n'a qu'à prouver que de telles explications ont été fournies, peut importe par la suite que l'adhérent les ait comprises.

Nous partageons l'avis des auteurs qui croient que les explications doivent être fournies avant la conclusion du contrat, car le but est d'assurer un consentement éclairé. En principe, des explications ultérieures ne sauraient pallier le caractère illisible ou incompréhensible de la clause²¹⁴. Par contre, dans le contexte d'un renouvellement de contrat, les tribunaux ont tenu compte des informations fournies dans le passé au sujet d'une limitation d'assurances²¹⁵. En effet, une telle preuve permet de démontrer que le consentement était éclairé et rien dans le texte de l'article 1436 n'impose que les explications soient fournies à un moment précis avant que le consentement soit donné. Le législateur n'ayant pas exigé que ces informations soient fournies lors de la conclusion du contrat, certains sont d'avis qu'il peut arriver que des explications fournies dans le cadre de l'exécution du contrat puissent sauver une clause. Pour une auteure, de telles explications peuvent empêcher que l'adhérent subisse un préjudice²¹⁶. Ceci expliquerait, selon elle, le jugement rendu dans l'affaire *Location de voitures compactes (Québec) ltée c. Gagnon*²¹⁷, où le juge conclut que la clause ne peut être invalidée sur la base de l'article 1436, car le locateur a insisté à plusieurs reprises sur la nécessité pour le locataire d'obtenir un rapport de police suite à un accident conformément à une disposition du contrat. Avec égard, il nous apparaît que le juge s'appuie erronément sur l'article 1436 pour valider le contrat, car en l'espèce la clause n'était ni illisible ni incompréhensible.

L'article 1436 n'exige pas que ces explications soient données par le stipulant, elles peuvent être données par un tiers²¹⁸, tels un

213. A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 167, p. 137.

214. Voir en ce sens : A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 167, p. 137, 145; J.H. GAGNON, *loc. cit.*, note 174, p. 1, 32.

215. *Diamond c. Canadian General Insurance Group*, B.E. 98BE-429 (C.Q.).

216. N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 212, p. 71, 89.

217. J.E. 95-968 (C.Q.).

218. A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 167, p. 137, 147.

notaire, un avocat ou un expert dans le domaine. Une telle possibilité interpelle directement le notaire ayant l'obligation de faire lecture de son acte et qui peut être appelé à fournir des explications. Est-ce à dire que toutes les clauses deviennent compréhensibles du seul fait que le contrat est notarié ? Nous ne le croyons pas. Si la *Loi sur le notariat* impose au notaire l'obligation de faire lecture de l'acte²¹⁹ ainsi qu'un devoir de conseil, elle ne lui impose pas d'expliquer systématiquement chacune des clauses à l'acte. Au même titre qu'un acte notarié peut être la source d'un vice de consentement dû à l'erreur, un acte notarié peut comprendre des clauses incompréhensibles. Si l'obligation de renseignement du stipulant peut être accomplie par un tiers, le stipulant ne saurait se décharger de cette obligation en la faisant supporter par un tiers.

2.4 La portée de la nullité

En principe, la sanction de la clause illisible, incompréhensible, abusive ou de la clause externe qui n'a pas été portée à la connaissance de l'adhérent est la nullité de la clause. Dans la plupart des cas, le contrat demeure et seule la clause est privée d'effet. Exceptionnellement, le Code prévoit à l'article 1438 que la nullité d'une clause entraînera l'invalidité²²⁰ du contrat si le contrat est considéré comme un tout indivisible.

Le contrat peut prévoir expressément qu'il constitue un tout indivisible. Si ce n'est pas le cas, la difficulté réside dans la nécessité de déterminer si l'intention, ou la présumée intention, des

219. Alain ROY, *Déontologie et procédure notariale*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 96 et s.; Paul-Yvan MARQUIS, *La responsabilité civile du notaire*, Coll. Traité de droit civil, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, n° 410, p. 269.

220. Une auteure s'interroge sur la signification du terme « invalidité ». Pour cette dernière, il ne peut s'agir d'un synonyme au mot « nullité » car la nullité ne sanctionne que des vices de formation du contrat non plus qu'un synonyme aux termes « résolution » ou « résiliation » car ils sanctionnent l'inexécution d'une obligation. Elle conclut que l'article 1438 du Code donne un pouvoir au juge mais ne lui accorde pas de moyens pour l'accomplir. L'auteur prédit qu'un tribunal n'osera ni prononcer la nullité ni la résolution ou la résiliation du contrat et qu'il y a impasse. Elle souhaite une intervention du législateur. S. GUILLEMARD, *loc. cit.*, note 97, p. 369, 380 et s. La jurisprudence ne semble pas être incommodée par le libellé de l'article 1438 et prononce la « nullité » du contrat en présence d'une clause excessive. *St-Germain c. Ministère de l'Éducation du Québec*, précité, note 33. Voir également : *Graphiques Matrox inc. c. Nvidia Corp.*, précité, note 130 [En l'espèce le contrat ne prévoyait qu'une clause de non-concurrence.]; *Slush Puppie Trois-Rivières c. Bégin*, précité, note 55.

parties était que le contrat soit un tout indivisible²²¹. Cette intention est démontrée lorsque la clause représente un caractère déterminant pour les parties²²². Ainsi, le tribunal a annulé une convention de remboursement de dette non acquittée aux termes d'un prêt étudiant antérieur. Dans cette affaire, le demandeur fait une demande de prêt et bourse. Avant de lui avancer les sommes qui lui ont été accordées, le ministère de l'Éducation exige la signature d'une convention de remboursement, car des sommes ne lui ont pas été remboursées en vertu d'un prêt antérieur. Or, dans l'intervalle, le demandeur a fait faillite et a obtenu sa libération. Cette convention contient une clause qui oblige le demandeur à rembourser une dette qui a été éteinte par la faillite. Le tribunal juge que la clause est abusive et constate qu'elle est le but visé par la signature de cette convention. En conséquence, il annule toute la convention, car c'est la seule dette demeurée impayée.

2.5 Le potentiel d'interprétation favorable du contrat

Comme dans tout contrat, le libellé du contrat peut être ambigu et les obligations des parties difficiles à déterminer. Le *Code civil du Québec* a codifié à l'article 1432 la règle d'interprétation *contra proferentem*, littéralement « contre celui qui a exprimé »²²³, qui avait été développée par la jurisprudence en matière d'assurance et l'a étendue à tous les contrats d'adhésion²²⁴. En vertu de cette règle, s'il y a un doute, la clause du contrat doit être interprétée en faveur de l'adhérent qu'il soit débiteur ou créancier²²⁵. Il est légitime que l'adhérent profite d'une interprétation favorable, car ce n'est pas lui qui a édicté les conditions du contrat²²⁶. Le contenu lui a été imposé. Une ambiguïté dans le texte du contrat est susceptible de porter atteinte au caractère éclairé du consentement qui a été donné.

221. J.-L. BAUDOUILN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 9, n° 402, p. 332.

222. *St-Germain c. Ministère de l'Éducation du Québec*, précité, note 33.

223. Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 74.

224. J.-L. BAUDOUILN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 9, n° 433, p. 354.

225. *Jean Pineau & Associés ltée c. Société de gestion d'assurance Encon inc.*, précité, note 53.

226. Cette règle tire son origine de celle applicable à la *stipulatio* du droit romain qui était un contrat unilatéral. Le débiteur acceptait l'engagement que lui proposait le créancier. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 3, n° 229, p. 407. C'est la même situation qui se produit dans un contexte d'un contrat d'adhésion d'où la légitimité de la règle.

Le texte de l'article 1432 n'est pas exempt de toute ambiguïté. En effet, lorsque le législateur énonce que « dans tous les cas » le contrat s'interprète en faveur de l'adhérent, que vise-t-il au juste ? Deux interprétations sont possibles. D'une part, on peut considérer que cet article édicte une règle d'interprétation absolue qui doit prévaloir sur les autres règles d'interprétation et qui s'applique dès la présence d'un contrat d'adhésion. Ainsi, dans tous les cas, le contrat d'adhésion s'interpréterait en faveur de l'adhérent qu'il y ait doute ou non. D'autre part, on peut considérer qu'il s'agit d'une règle d'interprétation subsidiaire et que les mots « dans tous les cas » visent à faire une distinction entre l'application de la règle de 1432 au contrat de gré à gré qui ne doit alors favoriser que le débiteur d'une obligation et la situation en matière de contrat d'adhésion qui trouve application non seulement lorsque l'adhérent est débiteur, mais également lorsqu'il est créancier. La doctrine favorise cette deuxième hypothèse²²⁷, qui est souvent retenue par la jurisprudence²²⁸. Ce n'est que lorsque l'on peut appliquer la règle d'interprétation exclusive aux contrats d'adhésion que l'on doit qualifier les contrats. Cette qualification n'est pas requise pour donner application à la règle *contra proferentem* qui s'applique tant au contrat de gré à gré qu'au contrat d'adhésion.

Ainsi, comme dans tous les contrats, Gendron rappelle que le juge doit d'abord « rechercher la volonté des parties dans les éléments intrinsèques de la convention, puis dans les circonstances de l'espèce et enfin dans les usages et l'équité »²²⁹. Le rôle des règles d'interprétation vise à déterminer l'intention des parties et consiste à lever toute ambiguïté sur la portée des droits et obligations des

227. J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 9, n° 433, p. 355; François GENDRON, *L'interprétation des contrats*, 2002, Montréal, Wilson & Lafleur, p. 136.

228. *Laboratoire Rayjant inc. c. Royal & Sun Alliance du Canada*, J.E. 2002-514 (C.S.); *I.E.G. Systems Consultants inc. c. Energia Systems Corp.*, précité, note 181; *3390152 Canada inc. c. 3056309 Canada inc.*, précité, note 60; *Gagnon c. L'entraide assurance-vie, compagnie mutuelle*, précité, note 53; *Audet c. Corporation des loisirs, secteur N.D.L.*, J.E. 99-850 (C.S.); *Compagnie d'assurances du Québec c. Groupe pétrolier Nirom inc.*, [1999] R.R.A. 253 (C.A.); *La royale du Canada, compagnie d'assurances c. La Citadelle, assurances générales*, [1998] R.R.A. 574 (C.S.); *Autobus Johanaise inc. c. Société de transport de la Rive-Sud de Montréal*, J.E. 99-145 (C.S.); *Armatures Bois-Francis inc. c. Commission scolaire de St-Jérôme*, J.E. 97-1560 (C.S.); *Sigma Constructions inc. c. Ievers*, J.E. 95-1846 (C.A.), où la cour rend jugement en se fondant sur l'intention présumée du stipulant.

229. F. GENDRON, *op. cit.*, note 227, p. 136.

parties. Ainsi, en présence d'un texte clair²³⁰, le tribunal n'a pas et ne doit pas intervenir. Force est de constater que parfois sous couvert d'interprétation le juge verse dans la révision du contrat²³¹. Pour que le contrat soit interprété en faveur de l'adhérent, le doute doit être invincible²³². En effet, l'article 1432 ne s'applique que si le doute n'a pu être dissipé par les autres principes d'interprétation.

La règle en matière d'interprétation est la recherche de l'intention des parties. C'est lorsque la commune intention est ambiguë que la règle de 1432 s'applique. Peut-on véritablement tenter de rechercher une commune intention quand le contenu émane d'un seul contractant²³³ ? Nombre de causes de jurisprudence appliquent automatiquement l'article 1432 lorsqu'il y a une ambiguïté, sans véritablement rechercher l'intention des parties²³⁴. En

230. *Larochelle c. Honda Canada Finance inc.*, J.E. 2002-1540 (C.S.); *Modelet Investment inc. c. Novek*, J.E. 2002-626 (C.S.); *Gariépy c. Immeuble populaire Desjardins de Montréal et de l'Ouest-du-Québec*, [1996] R.D.I. 408 (C.S.); *Varnet Software Corp. c. Varnet U.K. Ltd.*, [1994] R.J.Q. 2755 (C.A.); 161324 *Canada inc. c. Donini Restaurant inc.*, B.E. 98BE-722 (C.S.); *Bastien c. Crown, compagnie d'assurance-vie*, [1998] R.R.A. 1043 (C.S.).

231. C'est notamment le fait lorsque le juge utilise le principe de la bonne foi pour tenter de circonscrire la commune intention des parties. B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 2, p. 96 et s.

232. F. GENDRON, *op. cit.*, note 227, p. 136. D'autres parlent de doute irréductible. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 3, n° 229, p. 406.

233. Sur les limites du critère d'intention commune comme règle d'interprétation des contrats, voir : B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 2, p. 96 et s.

234. 3296008 *Canada inc. c. Le groupe commerce, compagnie d'assurances*, [2002] R.R.A. 894 (C.S.); *Tremblay c. Marten*, J.E. 2001-1119 (C.Q.) (référence aux usages); *Demers c. Toyota Canada*, B.E. 2000BE-1185 (C.Q.) (référence aux usages); *Jean-Yves Fortin Soudure inc. c. Procureur général du Québec*, précité, note 58; *Paquin c. Territoire des lacs inc.*, J.E. 2000-493 (C.S.); *La personne-vie, corporation d'assurance c. Pouteau*, précité, note 53, où le juge recherche l'intention première qui se dégage du contrat et non l'intention des parties. *Association Québec-France c. Bussièrès*, B.E. 99BE-445 (C.Q.); *Coopérative canadienne des propriétaires de camions-remorques indépendants c. Vérti-chèque ltée*, B.E. 99BE-679 (C.Q.); *Lallier c. La personne, compagnie d'assurances du Canada*, B.E. 2000BE-315 (C.Q.); *Roy c. Compagnie mutuelle d'assurances Wawanasa*, [1998] R.J.Q. 2169 (C.Q.); *Association de la construction du Québec c. Noresco, s.e.n.c.*, J.E. 98-1160 (C.Q.); *Banquet and Catering Supplies and Rentals Ltd. c. Déry*, précité, note 59; *Banque Toronto-Dominion c. St-Pierre*, précité, note 170; *Guay c. Institut d'assurances du Canada*, [1996] C.A.I. 346; *Picard c. Axa Assurances inc.*, [1996] R.J.Q. 1316 (C.S.); *Construction Proforma inc. c. Gestions immobilières Vasire inc.*, J.E. 95-1533 (C.S.); *Armstrong-Larnder c. Compagnie d'assurances Union commerciale du Canada*, [1995] R.R.A. 814 (C.Q.); *Perron c. Compagnie d'assurances canadienne universelle ltée/Gore générale compagnie d'assurances*, précité, note 53.

matière d'assurance, on tend à substituer le critère de l'intention commune à celui de l'attente raisonnable de l'assuré développé en droit américain²³⁵. Il serait plus justifié d'adopter un tel critère en matière de contrat d'adhésion, car le contenu du contrat est établi par le stipulant.

CONCLUSION

L'examen de la jurisprudence permet de constater que les tribunaux ont adopté une approche libérale lors de la qualification du contrat et ont souvent conclu à l'existence d'un contrat d'adhésion. Les tribunaux de première instance n'ont pas hésité à user des nouveaux pouvoirs qui leur ont été conférés et donner ouverture aux règles particulières s'appliquant aux contrats d'adhésion. La Cour d'appel a une attitude plus réservée et tente de repositionner le débat dans le cadre des règles traditionnelles. En effet, elle a souvent eu recours pour motiver ses décisions à des mécanismes juridiques connus tels les règles d'interprétation, les vices de consentement ou les principes de responsabilité civile plutôt qu'aux nouvelles règles du Code.

235. *S.S.G. Mutuelle d'assurance groupe c. Larrivée*, [2000] R.R.A. 600; *Scott c. Wawanese Mutual Insurance Co*, [1989] 1 R.C.S. 1445,1454; Didier LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 112.