

METTRE UN FREIN AUX CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS DE CONSOMMATION

Rapport final du projet
présenté au Bureau de la consommation
d'Industrie Canada

union
des consommateurs

Septembre 2011

Rapport publié par :



6226, rue Saint-Hubert
Montréal (Québec) H2S 2M2

Téléphone : 514 521-6820
Sans frais : 1 888 521-6820
Télécopieur : 514 521-0736

union@consommateur.gc.ca
www.consommateur.gc.ca/union

Membres d'Union des consommateurs

ACEF Abitibi-Témiscamingue

ACEF Amiante – Beauce – Etchemins

ACEF de l'Est de Montréal

ACEF de l'Île Jésus

ACEF de Lanaudière

ACEF Estrie

ACEF Grand-Portage

ACEF Montérégie-est

ACEF du Nord de Montréal

ACEF Rive-Sud de Québec

ACQC

Membres individuels

Rédaction du rapport

- Union des consommateurs

Direction de rédaction

- Me Marcel Boucher

ISBN 978-2-923405-51-3



Union des consommateurs est membre de l'Organisation internationale des consommateurs (OI), une fédération regroupant 234 membres en provenance de 113 pays.

L'usage du masculin, dans ce rapport, a valeur d'épicène.

Union des consommateurs a reçu du financement en vertu du Programme de contributions pour les organisations sans but lucratif de consommateurs et de bénévoles d'Industrie Canada. Les opinions exprimées dans ce rapport ne sont pas nécessairement celles d'Industrie Canada ou du gouvernement du Canada.

© Union des consommateurs — 2011

Table des matières

UNION DES CONSOMMATEURS, LA FORCE D'UN RÉSEAU	5
1 INTRODUCTION.....	6
2 CONTEXTE.....	8
2.1 DROIT DE LA CONSOMMATION	9
2.2 APPARITION DES PRINCIPES D'EQUITE DANS LE DROIT CONTRACTUEL	12
3 PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES AU QUÉBEC	17
3.1 HISTORIQUE	17
3.2 CLAUSES ABUSIVES ET LEGISLATION DU QUEBEC	18
A) <i>La portée de l'art. 1437</i>	25
B) <i>Le caractère excessif et déraisonnable</i>	27
C) <i>La loi sur la protection du consommateur</i>	29
D) <i>Les recours contre les clauses abusives</i>	30
4 PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES AU CANADA	34
4.1 CLAUSES ABUSIVES DANS LA COMMON LAW.....	34
A) <i>La rédaction des contrats et interprétation</i>	34
B) <i>Les clauses onéreuses et l'obligation d'informer</i>	36
C) <i>L'iniquité</i>	37
D) <i>L'inégalité du pouvoir de négociation</i>	38
4.2 DROIT STATUTAIRE DANS LES PROVINCES DE COMMON LAW	40
A) <i>L'Ontario</i>	41
B) <i>La Colombie-Britannique</i>	43
C) <i>L'Alberta</i>	45
D) <i>La Saskatchewan</i>	47
5 PROTECTION CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES AU PLAN INTERNATIONAL....	48
5.1 PAYS DE COMMON LAW	48
A) <i>L'Australie</i>	48
B) <i>Le Royaume-Uni</i>	53
C) <i>Les États-Unis</i>	56
5.2 PAYS DE TRADITION CIVILISTE	63
A) <i>L'Allemagne</i>	63
B) <i>La France</i>	66
C) <i>Les Pays-Bas</i>	72
D) <i>Le Brésil</i>	77

6	SYNTHÈSE ET ANALYSE DES MESURES ADOPTÉES EN AMÉRIQUE ET EN EUROPE À L'ENCONTRE DES CLAUSES ABUSIVES OU INÉQUITABLES	83
6.1	MOTIFS D'INTERVENTION ET DEFINITION.....	83
6.2	QUESTIONS DE FORME	85
A)	<i>L'ordre public.....</i>	85
B)	<i>La bonne foi</i>	86
C)	<i>Les listes de clauses abusives.....</i>	87
6.3	PORTEE DES DISPOSITIONS	88
A)	<i>Le type de contrat qui peut faire l'objet d'un examen</i>	88
B)	<i>Le type de clause qui peut être déclarée abusive</i>	89
C)	<i>Le processus et la substance</i>	91
6.4	EFFET DE LA DETERMINATION DU CARACTERE ABUSIF	93
A)	<i>L'effet sur la clause et le contrat</i>	93
B)	<i>L'effet sur le marché.....</i>	95
6.5	RECOURS CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES	96
A)	<i>Les pouvoirs conférés aux associations</i>	97
B)	<i>Les pouvoirs des organismes chargés de l'application des lois et les sanctions</i>	99
C)	<i>Les Commissions.....</i>	100
D)	<i>La publication</i>	101
	CONCLUSIONS	102
	RECOMMANDATIONS	105
	MÉDIAGRAPHIE	109

Union des consommateurs, la force d'un réseau

L'Union des consommateurs est un organisme à but non lucratif qui regroupe plusieurs Associations coopératives d'économie familiale (ACEF), l'Association des consommateurs pour la qualité dans la construction (ACQC) ainsi que des membres individuels.

La mission de l'Union des consommateurs est de représenter et défendre les droits des consommateurs, en prenant en compte de façon particulière les intérêts des ménages à revenu modeste. Les interventions de l'Union des consommateurs s'articulent autour des valeurs chères à ses membres : la solidarité, l'équité et la justice sociale, ainsi que l'amélioration des conditions de vie des consommateurs aux plans économique, social, politique et environnemental.

La structure de l'Union des consommateurs lui permet de maintenir une vision large des enjeux de consommation tout en développant une expertise pointue dans certains secteurs d'intervention, notamment par ses travaux de recherche sur les nouvelles problématiques auxquelles les consommateurs doivent faire face; ses actions, de portée nationale, sont alimentées et légitimées par le travail terrain et l'enracinement des associations membres dans leur communauté.

L'Union des consommateurs agit principalement sur la scène nationale, en représentant les intérêts des consommateurs auprès de diverses instances politiques, réglementaires ou judiciaires et sur la place publique. Parmi ses dossiers privilégiés de recherche, d'action et de représentation, mentionnons le budget familial et l'endettement, l'énergie, les questions liées à la téléphonie, la radiodiffusion, la télédistribution et l'inforoute, la santé, l'alimentation et les biotechnologies, les produits et services financiers, les pratiques commerciales, ainsi que les politiques sociales et fiscales.

Finalement, dans le contexte de la globalisation des marchés, l'Union des consommateurs travaille en collaboration avec plusieurs groupes de consommateurs du Canada anglais et de l'étranger. Elle est membre de l'*Organisation internationale des consommateurs* (CI), organisme reconnu notamment par les Nations Unies.

1 Introduction

Les contrats de consommation regorgent bien souvent de clauses qui soulignent le déséquilibre entre consommateur et commerçant. Par le biais de dispositions statutaires, l'applicabilité de bon nombre de clauses de contrats peut être remise en question, certaines pouvant être jugées abusives, alors que d'autres font l'objet d'une réglementation spécifique. Il peut toutefois être difficile de faire interpréter et appliquer par les tribunaux les dispositions qui traitent de clauses abusives ; c'est probablement une des raisons pour lesquelles le problème persiste et que l'on retrouve toujours dans les contrats de consommation un grand nombre de clauses qui peuvent sembler abusives.

Un grand nombre de recherches menées par des associations de consommateurs et des chercheurs se penchent sur les clauses abusives. En outre, la grande majorité des problèmes de consommation relevés par les médias prennent leur source de clauses contractuelles qui ont un caractère abusif : ex. les modifications unilatérales en cours de contrat. La plupart des juridictions reconnaissent l'importance du problème. Au Québec, le législateur a décidé de prévoir à la Loi sur la protection du consommateur un pouvoir réglementaire qui permet au gouvernement de déterminer les stipulations qui seront interdites dans les contrats de consommation. Les juridictions étrangères (ex : l'Union européenne, la Grande-Bretagne, la France, l'Allemagne, l'Australie, etc.) régissent les clauses abusives en adoptant des approches variées : élaboration de listes de clauses qui sont présumées ou réputées abusives; ou encore mise sur pied de procédures particulières permettant un traitement rapide des plaintes.

Comment gérer au Canada le problème des clauses abusives de manière à protéger adéquatement le consommateur et à discipliner le marché?

Comme les juridictions étrangères ont adopté différentes mesures pour limiter ou interdire l'usage de clauses abusives dans les contrats de consommation, les approches adoptées pourraient vraisemblablement nous inspirer en vue d'un encadrement optimal. Quelles méthodes ont-elles utilisées pour procéder à l'interdiction? Quel est le type de test préconisé lors de la détermination du caractère abusif? Quelles mesures sont mises en œuvre afin d'assurer le respect de l'interdiction? Quels sont les avantages et inconvénients des différents modes de réglementation?

Sur le territoire canadien, les législateurs veillent aussi à tenter de rétablir un certain équilibre dans les contrats de consommation en s'attaquant aux clauses abusives. Le traitement de cette problématique au Canada est-il complet et efficace? Est-il uniforme?

Dans ce travail, nous avons comparé la réglementation du Québec à ce qui existe dans les autres provinces du Canada, mais aussi, aux réglementations que l'on retrouve ailleurs, que ce soit dans des pays de common law ou de droit civiliste, soit l'Angleterre, les États-Unis, l'Australie, la France, Les Pays-Bas, l'Allemagne et le Brésil. Comme certains des pays étudiés font partie de l'Union européenne, nous avons aussi étudié ses directives et ses effets sur les lois nationales.

Bien sûr, l'objectif de ce travail était de vérifier s'il existe des faiblesses dans notre droit de la consommation relativement aux clauses abusives et d'identifier, grâce, entre autres, à notre

étude comparative, des solutions ou des améliorations possibles et applicables en droit de la consommation québécois et canadien.

La première partie de notre rapport situe le contexte, historique, en particulier, dans lequel s'intègre la réglementation des clauses abusives.

Une étude des législations canadiennes et étrangères nous a permis d'examiner différents modes de réglementation, de protection et de recours et de les comparer.

La deuxième partie de notre rapport porte sur l'encadrement québécois des clauses abusives et la troisième sur l'encadrement canadien.

C'est dans la quatrième partie que l'on retrouve l'examen des encadrements étrangers.

On retrouve dans la cinquième partie une synthèse qui nous permettra de relever les meilleures pratiques observées au fil de notre recherche.

2 Contexte

Dans le cadre d'une conférence organisée par le Groupe de recherche en droit international et comparé de la consommation (GREDDIC) en 2009, une présentation portait sur les associations de consommateurs et la défense de l'intérêt collectif des consommateurs. On y rapportait qu'un examen de plusieurs contrats, dont certains concernaient des millions de consommateurs, avait permis de constater la présence de nombreuses clauses abusives et de clauses qui allaient directement à l'encontre de droits qui avaient été conférés explicitement aux consommateurs par la Loi sur la protection du consommateur (Québec)¹.

En 2008-2009, Union des consommateurs réalisait une recherche sur les clauses de modification unilatérale au Canada. Les 13 contrats analysés dans le cadre de cette recherche (dans les domaines des services de téléphonie cellulaire, Internet, télédistribution et services bancaires) comportaient des clauses de modification unilatérale qui ne prévoyaient aucune compensation pour le consommateur qui subirait des préjudices du fait de la modification du contrat de consommation par l'entreprise².

Pour le consommateur, la présence de clauses abusives dans des contrats de consommation courants (par exemple, des clauses d'exclusion de responsabilité, de modification et de résiliation unilatérale, d'arbitrage obligatoire ou clauses interdisant d'intenter des recours collectifs) a pour résultat de le priver de l'exercice de droits importants. Il appert en effet que de nombreux consommateurs ne contestent pas les pratiques des commerçants fondées sur des clauses abusives, notamment parce qu'ils ne savent pas que ces clauses leur sont inopposables. Et si des consommateurs connaissent leurs droits, ils font tout de même rarement appel aux tribunaux pour les faire valoir parce que les recours dont ils disposent sont peu appropriés aux litiges en consommation³.

Au Québec, les contrats de téléphonie cellulaire comportaient tant de clauses abusives que l'Office de la protection du consommateur a décidé de légiférer ce secteur. Depuis juin 2010, plusieurs dispositions encadrant les contrats de service à exécution successive (notamment les contrats de téléphonie cellulaire) sont en vigueur.

Au Manitoba, on mentionne dans un document de consultation publique portant sur l'amélioration de la protection du consommateur dans les services de la téléphonie cellulaire et des services sans-fil que, partout au Canada, les plaintes concernant la téléphonie cellulaire augmentent. La majorité des plaintes que reçoivent le Commissaire aux plaintes relatives aux services de télécommunications et les Bureaux d'éthique commerciale du Canada portent d'ailleurs sur la téléphonie cellulaire⁴. Dans ce même document de consultation, on rapporte

¹ GREDDIC. *L'accès des consommateurs à la justice*. Textes de conférences organisées par le GREDDIC de l'UQAM, présentées à Montréal en 2008-2009. Éditions Yvon Blais. Cowansville, 2010. 180 pages.

² Yannick LABELLE. *Les contrats de consommation : quand est-il permis de changer les règles du jeu?* Union des consommateurs, Québec, 2009, 143 pages.

³ GREDDIC. *L'accès des consommateurs à la justice*. Textes de conférences organisées par le GREDDIC de l'UQAM, présentées à Montréal en 2008-2009. Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2010, p. 51.

⁴ Office de la protection du consommateur. *Pour de meilleures conditions de marché*. Plan du Manitoba pour une meilleure protection du consommateur. *Améliorer la protection du consommateur dans les*

que l'Office de la protection du consommateur manitobain reçoit des demandes d'information et des plaintes à propos notamment de clauses susceptibles d'être abusives : augmentation des prix sans préavis, imposition de frais de résiliation élevés, offres d'options de renouvellement compliquées. De nouvelles mesures législatives, qui devraient entrer en vigueur en 2012, ont été élaborées en vue d'accroître l'équité et la transparence dans les contrats de téléphonie cellulaire. Par exemple : il sera interdit aux entreprises d'inclure une clause de modification unilatérale visant un élément important du contrat, si le client n'en retire aucun bénéfice⁵.

Bien que de nouvelles dispositions législatives visant à mieux protéger les consommateurs contre les clauses abusives soient en vigueur (notamment au Québec) ou le seront prochainement (au Manitoba), elles ne mettent pas les consommateurs complètement à l'abri des effets négatifs générés par de telles clauses, qui peuvent toujours se retrouver dans les contrats. Selon Benoît Moore, une commission qui aurait comme mandat de « proposer la réglementation ou l'interdiction de certaines clauses, à mesure qu'elles apparaissent, de proposer l'utilisation de contrat ou de clauses types, ou encore de voir au respect de la législation en dénonçant les contrats qui ne s'y conforment pas⁶ », devrait être mise sur pied.

Les recours individuels des consommateurs et les recours collectifs ne semblent malheureusement pas être, tel qu'ils existent, des véhicules intéressants pour faire valoir les droits des consommateurs en matière de clauses abusives. Pour sa part, Union des consommateurs estime que les associations de consommateurs devraient, comme c'est maintenant le cas presque partout en Europe, se voir reconnaître le droit de saisir les tribunaux en vue de demander la cessation d'une pratique qui contrevient à la Loi sur la protection du consommateur.

2.1 DROIT DE LA CONSOMMATION

Le droit de la consommation est à la fois simple et complexe. En théorie, facile à qualifier comme étant le domaine qui couvre les rapports entre un consommateur et un professionnel, rapports qui sont créateurs de droit, et complexe par le très grand nombre de secteurs de la vie courante qu'il touche et par la diversité des concepts juridiques qui s'y rattachent : consentement, contrats d'adhésion, clauses abusives, lésion, imprévision, etc.

Au Québec cette complexité s'illustre entre autres par le grand nombre de lois qui encadrent les rapports de consommation. Il existe au Québec des centaines de lois qui touchent à la protection du consommateur. Pour ajouter à la complexité, cet ensemble de lois n'est pas nécessairement cohérent ; par exemple, la notion de lésion a, d'un côté, été intégrée depuis 1978 par le législateur dans la Loi sur la protection du consommateur et de l'autre, il (le législateur) a fait en 1994, lors de la réforme du Code civil, le choix politique déclaré de ne pas étendre aux majeurs la possibilité de recourir à ce motif en vue d'attaquer ou de rescinder un contrat.

contrats de téléphonie cellulaire et des services sans-fil. Document de consultation publique. Sur le site de Service à la famille et Consommation Manitoba. <http://www.gov.mb.ca/fs/ccca/cpo/pubs/cellphone.fr.pdf> Décembre 2012. 12 pages (Page consultée le 25 septembre 2011).

⁵ Service à la famille et Consommation Manitoba. Office de la protection du consommateur. *Contrats de téléphonie cellulaire*. Sur le site de Service à la famille et Consommation Manitoba.

<http://www.gov.mb.ca/fs/ccca/cpo/cellphones.fr.html>, sans date. (Page consultée le 25 septembre 2011).

⁶ Benoît MOORE. *La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle*. La réforme de la Loi sur la protection du consommateur. Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2005.

Mais l'importance du corpus législatif qui trouve à s'appliquer en lien avec le droit de la consommation illustre l'importance que le Québec accorde à la protection du consommateur. Malgré des lacunes relevées par certains auteurs⁷, et que nous discuterons dans ce travail, nous devons reconnaître que le consommateur québécois est relativement bien protégé dans un grand nombre de domaines ou historiquement il rencontrait maints problèmes. Par exemple, le monde des assurances, des services funéraires, des voyages, des ventes itinérantes, de la vente automobile ont tous été disciplinés grâce à des interventions législatives qui visaient à freiner des comportements délinquants.

Il en va de même dans le reste du Canada, où le droit de la consommation est en constante évolution. Impossible, en effet de se contenter des acquis en matière de droit de la consommation : l'évolution des marchés, les changements technologiques, les nouvelles pratiques et, tout simplement, une évolution des mœurs obligent à constamment adapter les lois pour répondre aux problèmes rencontrés par le consommateur. À ce chapitre, malgré le processus de modernisation enclenché au Québec ces dernières années, certains sont d'avis que notre droit de la consommation est vieilli et a besoin d'être sérieusement dépoussiéré non seulement par l'ajout de nouvelles dispositions, mais par une approche plus globale, transversale⁸.

Le développement et la multiplicité des contrats d'adhésion ou autres contrats de consommation pré-rédigés est un exemple des défis rencontrés. Les offres et les contrats « à prendre ou à laisser » représentent la forme de « négociation » le plus souvent rencontrée de nos jours. La négociation traditionnelle est limitée, en matière de consommation, à certains achats particuliers et souvent limitée à certaines clauses, comme le prix, la définition et la durée du service ou, pour les biens achetés, le prix et la quantité. Et la marge de manœuvre reste bien mince pour ce qui est de la négociation possible, d'autant plus que l'une des parties, le consommateur, est désavantagé par un déficit au plan de la force économique et des capacités cognitives aussi bien que sur le plan des capacités organisationnelles⁹.

Les clauses accessoires, qui sont pourtant souvent d'une grande importance – clause de garantie, clauses pénales, clauses d'arbitrage obligatoire, clauses d'exonération de responsabilités – sont la plupart du temps imposées par le contractant le plus fort. Malheureusement, dans ces clauses imposées au consommateur, qui ne sont donc pas négociées et, dans la plupart des cas, pas dénoncées non plus, la partie la plus forte, qui a beau jeu, attendu qu'il n'y a pas de discussion, en profite pour imposer les règles qui l'avantagent, quitte à ce que les intérêts du consommateur sur ces questions soient totalement ignorés ; comme le dit Biquet-Mathieu : « La tentation est donc grande pour le professionnel d'imposer à son cocontractant des clauses pré-rédigées particulièrement draconiennes et déséquilibrées¹⁰ ».

⁷ Pierre Claude LAFOND, Benoît MOORE, Pierre Gabriel JOBIN.

⁸ Pierre Claude LAFOND, *Pour un code québécois de la consommation*, Pour une réforme du droit de la consommation, actes du colloque des 14 et 15 mars 2005, p. 169.

⁹ Sébastien GRAMMOND, La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé, (2010) 51 Cahiers de droit 83-116.

¹⁰ Ch. BIQUET-MATHIEU. *Les contrats du consommateur* - Rapport de droit belge - Texte provisoire - (arrêté au 10 juillet 2007). Association Henri CAPITANT. Journées colombiennes, Bogota – Carthagène, 24 au 28 septembre 2007.

Si l'avantage que se donne, dans le cadre d'un contrat, la partie qui est en position de force dépasse les normes, contrevient à l'obligation de bonne foi, ou qu'il n'est contrebalancé par aucun avantage concédé au cocontractant, l'État se doit d'intervenir.

Dans une analyse comparative portant sur la mise en œuvre de la directive de l'Union européenne relative aux clauses contractuelles abusives dans les différents États membres, Martin Ebers rappelle les raisons du contrôle des clauses contractuelles pré-rédigées :

Si l'on s'interroge sur les raisons du contrôle des clauses contractuelles pré-rédigées, deux types d'arguments émergent.

La première théorie est basée sur la prise en compte des coûts de transaction : une partie qui utilise des clauses pré-rédigées est généralement mieux informée du contenu des clauses que ne l'est l'autre partie (qu'il s'agisse d'un consommateur ou d'un professionnel). En élaborant la clause pour plusieurs transactions, l'utilisateur peut répartir les coûts un nombre infini de fois, alors que pour l'autre partie il est souvent trop coûteux d'obtenir l'information nécessaire pour négocier les conditions de la transaction. Les asymétries dans l'information – disparités dans la connaissance que les parties ont des clauses du contrat – et la distribution inégale des coûts de transaction doivent donc être contrebalancées par le contrôle des clauses pré-rédigées.

Le second modèle (« la théorie de l'abus ») justifie au contraire le contrôle des clauses pré-rédigées par le fait qu'elles sont utilisées à l'encontre des parties contractantes les plus faibles. Le critère principal de contrôle des clauses n'est pas le danger que représentent les clauses pré-rédigées, mais plutôt la protection d'une certaine catégorie de personnes. La supériorité économique, sociale, psychologique et intellectuelle du professionnel ne laisse d'autre choix que d'adhérer aux clauses en question. Le contrôle de validité contrebalance un déséquilibre dans le pouvoir de négociation et un déséquilibre de compétences¹¹.

Si la première théorie peut servir à justifier une approche qui ne vise que les clauses abusives pré-rédigées, le second modèle incite clairement à des interventions réglementaires plus larges, qui viseraient les clauses abusives où qu'elles se retrouvent, y compris dans des contrats que le consommateur aurait eu l'occasion de négocier, si sa vulnérabilité a pu entraver une négociation d'égal à égal ou si le cocontractant en a abusé¹².

¹¹ Martin EBERS, *Analyse comparative. C. Directive relative aux clauses contractuelles abusives (93/13)*. In Compendium CE de Droit de la consommation. Universitat Bielefeld (2011) p. 385.

http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_fr_final.pdf
On notera que les clauses abusives auxquelles s'attaque la directive ne sont que celles qui sont contenues dans les clauses contractuelles pré-rédigées. On verra plus loin que les législations adoptées par certains pays membres couvrent un champ beaucoup plus large que ce seul type de clauses.

¹² On trouve aussi bien entendu des arguments, parfois surprenants, contre la réglementation des clauses abusives. La *Productivity Commission* australienne, par exemple, explique les avantages pour le consommateur des clauses abusives : « There are also counter-arguments against a blanket ban of apparently unfair terms based on understanding why these terms are so prolific across all types of contracts, including in competitive industries (as suggested by evidence in appendix D). Such terms are certainly not specific to rogue traders. So why do businesses with strong incentives to please consumers choose to insert unfair terms into their contracts? One explanation is that 'one-sided' contracts can actually be beneficial to consumers as a whole by providing them — through the business — with a way of deterring problematic behaviour by small groups of consumers. In particular, just as some businesses behave in bad faith or otherwise inappropriately, so too do some consumers. For instance, they may not

D'une manière générale, on qualifiera d'abusives la clause imposée par une partie en position dominante à une autre partie en situation plus vulnérable, de dépendance économique, par exemple, provoquant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des deux contractants.

Les comportements délinquants de certaines entreprises et de certains professionnels en matière de clauses abusives ne causent pas préjudice uniquement aux consommateurs – que l'on considère leur intérêt individuel ou leur intérêt collectif ; les entreprises qui respectent le consommateur lors d'une transaction risquent fort d'être désavantagées d'un point vu concurrentiel. Il coûte en effet plus cher de donner, par exemple, une réelle garantie ou d'un service après-vente adéquat que de ne rien offrir, et cela se reflète, évidemment, sur le prix demandé pour les biens et les services. Aussi, même les pays les plus libéraux, au sens économique du terme, ont dû réglementer les clauses abusives afin de protéger le consommateur, bien sûr, mais aussi pour discipliner le marché.

Cette préoccupation pour la protection des consommateurs ne date pas d'hier. C'est un long processus qui a mené, dans un domaine où primait la volonté des parties, c'est-à-dire en matière contractuelle, à l'intervention de l'État en vue de garantir une certaine équité.

2.2 APPARITION DES PRINCIPES D'ÉQUITÉ DANS LE DROIT CONTRACTUEL

L'histoire du droit québécois est colorée par l'histoire de la conquête et de la colonisation du territoire, successivement par les puissances françaises et anglaises. Mais elle propose aussi une illustration de l'attachement du peuple québécois aux valeurs de l'État français avec lequel il partage tant de liens. Mais au fil du temps, le Québec a aussi inclus, dans les fondements juridiques de son droit, des valeurs qui lui sont propres. Comme l'expliquaient les premiers codificateurs du droit civil québécois, il faut faire place « aux circonstances et à l'état d'esprit de la société de ce pays¹³. »

Le droit civil français qui prévaut au XIX^e siècle intègre certaines notions d'équité, qui apparaissent comme une valeur fondamentale du droit (responsabilité civile, mandat apparent ou régime des obligations¹⁴) ; cette notion d'équité est toutefois quasi absente du droit contractuel. Ce n'est pas un accident – cette absence de protection contre les iniquités relève de choix réfléchis. Pour les législateurs, « Le contrat est l'équité¹⁵ ». En effet, l'importance

be careful in using their purchases, conceal damage they have done to a rented asset, or seek to extract themselves from contracts that require businesses to commit significant upfront resources. Crucially, unlike businesses, consumers do not generally have a brand name or reputation to lose from such conduct. It is hard for suppliers to foresee all the forms that such conduct might take, hence the need for disclaimers that deal with unspecified contingencies.

As a result, what appear to be one-sided contracts may sometimes better protect the bulk of customers from the behaviour of the few, than balanced contracts (Bebchuk and Posner 2006; Johnston 2005 and Gillette 2004). » Australian Government, Productivity Commission. *Review of Australia's Consumer Policy Framework - Inquiry Report*. N° 45, 30 April 2008, Volume 2 – Chapters and Appendixes, p. 151.

¹³ *Code civil du Bas Canada, 1^{er} Rapport des commissaires*, Québec, Stewart Derbishire et Desharats, 1863, p. 9.

¹⁴ Pierre-Gabriel JOBIN, *L'équité dans les contrats*, dans Pierre- Claude LAFOND, *Mélanges Claude Masse – En quête de justice et d'équité*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2003, 473, 480.

¹⁵ Benoît MOORE, *La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle*, dans François MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2005, pp. 113-130.

consacrée au consentement, qui est à la base même du concept de contrat, fait présumer une absence inhérente de toute iniquité¹⁶. La liberté du contrat, principe sous-jacent à la conception même de cet acte juridique, est en effet partout apparente dans le Code civil français, le Code Napoléon (ci-après C.N.). L'article 1134 C.N. le dit explicitement : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

Les rédacteurs du Code civil français ont fondé le droit des contrats sur le principe de l'autonomie de la volonté en insistant largement sur les conditions de l'expression par les contractants d'une volonté libre de toute contrainte. La liberté contractuelle n'est pas pour autant absolue : elle sera toujours limitée par la mise en œuvre des notions d'ordre public et de bonnes mœurs¹⁷.

Outre le poids de ce dogme du contrat considéré comme l'expression de la volonté réelle des parties, il appert que les législateurs voulaient à tout prix éviter de mettre en péril la stabilité des contrats en accordant aux juges le pouvoir de s'immiscer dans des contrats librement négociés¹⁸. Il existait bien, malgré tout, quelques timides mesures de protection contre l'iniquité : on citera en exemple l'article 1674 C.N. qui protège depuis 1804 le vendeur contre la lésion énorme dont il pourrait être victime lors de la vente d'un immeuble¹⁹. Les tribunaux britanniques avaient aussi reconnu, dès le XVIII^e siècle, qu'il était dans leurs pouvoirs d'annuler un contrat qui ne pouvait avoir été librement consenti au motif qu'un déséquilibre pouvait exister entre les parties : « if the party is in a situation in which he is not a free agent and is not equal to protecting himself, this Court will protect him²⁰. » Un siècle plus tard, cette approche était toujours en vigueur : « ... a Court of Equity will inquire whether the parties really did meet on equal terms, and if it be found that the vendor was in distressed circumstances, and that advantage was taken of that distress it will void the contract²¹. » Il faudra toutefois attendre la fin

¹⁶ Lionel THOUMYRE explique à ce sujet : « La formation des contrats passera par l'échange préalable du consentement de chacune des parties à l'acte. Cette étape constitue a priori l'élément primordial, voire fondateur, du contrat. En effet, dans son article 1108, le Code civil français définit quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention : " le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ". Ainsi, le consentement arrive en " pole position " des conditions de formation du contrat. Il en est de même dans le Code civil québécois, bien plus explicite à ce sujet, puisque l'article 1385 est ainsi rédigé : " Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter (...), il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet ". De leur côté, les pays de la Common Law se rattachent plus semble-t-il à la notion d'accord, d'" agreement ", sous laquelle l'on retiendra l'idée de consensus. En fait, nous savons que le verbe français " consentir " accepte deux traductions principales en anglais : " to consent " et... " to agree ".

A quelques nuances près, les systèmes juridiques qui s'inscrivent dans une tradition consensualiste, posent l'existence du consentement comme condition essentielle de la formation des contrats. » Lionel THOUMYRE, L'échange des consentements dans le commerce électronique. Lex Electronica - Revue du Centre de recherche en droit public (1998) <http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm> (Page consultée le 25 septembre 2011).

¹⁷ En vertu de l'article 6 du Code civil « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. ».

¹⁸ Pierre-Gabriel JOBIN, *Deux lacunes de la justice contractuelle dans le Code civil du Québec*.

¹⁹ En vertu de l'article 1674 du Code civil : « Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value. »

²⁰ *Evans v Llewellyn*, [1787] 29 ER 1191.

²¹ *Frey v Lane* (1888) 40 Chancery Div 312.

du XIX^e siècle avant de voir apparaître de véritables mesures de protection au bénéfice des contractants.

Il faut comprendre que, jusqu'au XIX^e siècle, les relations de consommation sont encore très personnalisées. La relation contractuelle est donc fondée sur la confiance réciproque. En cas de litige, le droit commun des contrats, voire le droit pénal, est suffisant pour régler les quelques difficultés qui peuvent se présenter.

L'essor industriel fulgurant du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, le développement de la production de masse, la venue des sociétés de tous genres, l'urbanisation, mais surtout la concentration du pouvoir économique emportent une dépersonnalisation des rapports de commerce et changent dramatiquement la donne.

Ce qui se négociait oralement devient contrat écrit, pré-rédigé par l'une des parties, que l'autre n'a plus qu'à signer sans discuter. L'accord porte sur l'essentiel, c'est-à-dire l'objet et le prix ; les autres clauses du contrat ne se discutent plus : l'un des contractants adhère à ce que l'autre lui propose. Et cela est d'autant plus vrai dans les relations entre professionnels et consommateurs²².

Apparaissent alors deux nouvelles catégories de contrats : les contrats d'adhésion et les contrats standardisés. Les contrats d'adhésion sont des contrats dans lesquels l'une des parties est contrainte de se plier aux exigences de l'autre parce qu'elle ne peut se passer du bien qui lui est proposé par celui qui est en position dominante. Quant aux contrats standardisés, ce sont des contrats pré-rédigés, soit par le professionnel lui-même, soit par des organismes professionnels auxquels il adhère²³.

Puisque le cocontractant est pour ainsi dire contraint d'accepter les conditions qui y apparaissent, ces contrats prévoient, par le biais des clauses qui y figurent, des conditions, plus ou moins explicites, qui avantagent l'auteur du contrat au détriment de son cocontractant : ce dernier n'est en effet pas en mesure de négocier et, bien souvent, pas en mesure non plus de refuser de contracter, parce qu'ayant besoin de se procurer le bien ou le service considéré. C'est ce déséquilibre bien réel entre les contractants qui sera à la base des interventions législatives visant à protéger celui qui apparaît comme une partie plus faible.

Ces changements de paradigme emportent en effet une distorsion du modèle libéral de la liberté contractuelle et obligent tous les états industrialisés à légiférer pour éviter la perte de confiance des consommateurs et l'exploitation du faible et pour s'assurer que la concurrence joue un réel rôle de sauvegarde. Il importe que soit maintenue la notion de confiance réciproque des parties, qui était à la base des contrats. Et cette confiance est tout aussi, voire d'autant plus nécessaire lorsqu'il s'agit de contrats d'adhésion.

Le contrat d'adhésion, plus encore que tout autre contrat, est basé sur cette confiance puisque ses clauses ne sont pas discutables. Cette confiance doit être protégée, car elle est le fondement des rapports d'affaires. Ces liens sont conçus dans un but d'utilité

²² Jean-Yves CHOLEY, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion* : Thèse Aix-en-Provence, 1975.

²³ George BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973, p. 204.

*économique et non pas dans le sens d'une recherche de profits sans contrainte. Ils doivent viser une convergence d'intérêts plutôt que leur opposition*²⁴.

Dès 1864 l'Angleterre adopte le *Canal and Railways Act* qui réglemente l'utilisation de clauses inéquitables (*unfair terms*) dans les contrats de transport ferroviaire²⁵ où, seulement quelques corporations, en position de monopole, imposaient leurs règles, notamment en ce qui avait trait aux clauses limitatives de responsabilité.

Aux États-Unis, reconnaissant, aussi, dès le début du XX^e siècle, que la Common Law ne protégeait pas adéquatement les consommateurs contre certaines pratiques commerciales déloyales, on adopte, en 1914, le *Federal Trade Commission Act* qui désigne comme « pratique déloyale » un acte ou une pratique qui cause ou qui est susceptible de causer aux consommateurs un préjudice grave que ceux-ci ne peuvent pas raisonnablement éviter eux-mêmes, et qui n'est pas compensé par des avantages pour les consommateurs ou la concurrence²⁶.

C'est dans la seconde moitié du XX^e siècle que ce mouvement de justice contractuelle prendra véritablement son envol.

Ainsi aux États-Unis, le *Uniform commercial Code* fut publié en 1952. Son article 1-203 prévoit des protections à l'encontre des clauses abusives et plus généralement des exceptions au principe de la liberté de contracter. Cet article codifie ainsi la doctrine qui portait sur l'obligation de bonne foi et sur celle d'agir de façon juste en matière contractuelle²⁷ ainsi que la doctrine de l'iniquité²⁸.

Au Royaume-Uni, le *Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973* est adopté en 1973, qui limite l'usage des clauses d'exclusion de garanties, notamment, considérées comme abusives, spécialement dans les contrats de consommation²⁹.

²⁴ Nathalie CROTEAU, *Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi*, (1996) 26 R.D.U.S., pp. 403 et 407.

²⁵ The Law Commission, *Consultation Paper no. 166* and The Scottish Law Commission, *Discussion Paper N^o. 119, Unfair terms in contracts*, London TSO.

²⁶ 15 USC Sec 45. (n) (n) Standard of proof; public policy considerations : "The Commission shall have no authority under this section or section 57a) of this title to declare unlawful an act or practice on the grounds that such act or practice is unfair unless the act or practice causes or is likely to cause substantial injury to consumers which is not reasonably avoidable by consumers themselves and not outweighed by countervailing benefits to consumers or to competition. In determining whether an act or practice is unfair, the Commission may consider established public policies as evidence to be considered with all other evidence. Such public policy considerations may not serve as a primary basis for such determination."

²⁷ U.C.C. § 1-203, 1 U.L.A. 109 (1999).

²⁸ Section 2-302 of the U.C.C. provides:

(1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause so as to avoid any unconscionable result.

(2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.

²⁹ Le *Sale of Goods Act 1979* (c. 54, SIF 109:1) et le *Consumer Credit Act 1974* (c. 39), notamment, viendront renforcer ce type de dispositions quelques années plus tard.

En France, la *loi n° 78-23 du 10 janvier 1978*³⁰ introduit la notion de clause abusive dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ; certaines clauses peuvent être interdites, limitées ou réglementées lorsqu'elles sont imposées aux non professionnels ou aux consommateurs par un abus de puissance économique de l'autre partie et conférant à celle-ci un avantage.

En 1993, une directive de l'Union européenne³¹, s'inspirant principalement des mesures mises en place en France et en Allemagne, précurseur en la matière, impose à tous ses membres de réglementer en vue d'interdire les clauses abusives et de prévoir des recours adéquats visant à assurer l'effectivité de cette interdiction.

La recherche de la justice contractuelle entraînera donc la mise en place de mesures, multiples et variées, visant à empêcher l'exploitation de contractant le plus faible par celui qui est en position de pouvoir. Des notions anciennes, issues pour la plupart de la common law, seront réactualisées (les principes de l'erreur *non est factum*, par exemple), les notions de lésion et d'abus seront réévaluées et codifiées – partout à travers le monde, les législateurs s'attaqueront aux clauses dites abusives à l'aide d'outils et de mesures qui, à partir de bases communes, se déclineront en de multiples variations.

C'est ce sur quoi nous nous pencherons dans les sections qui suivent, lesquelles étudient différentes mesures adoptées et appliquées par les législateurs afin de faire respecter une certaine morale contractuelle.

³⁰ *Loi N° 78-23 du 10 janvier 1978, Loi sur la protection et l'information du consommateur de produits et de services* (1)

³¹ *Directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993* (J.O.C.E. N° L.95 du 21 avril 1993),

3 Protection contre les clauses abusives au Québec

3.1 HISTORIQUE

Au Québec, la première codification du droit se manifeste par le biais du Code civil du Bas-Canada (ci-après le C.c.B.C.) adopté en 1866, soit un an avant que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 n'instaure le Dominion du Canada – dont le spectre faisait craindre l'imposition au Québec, attaché à la tradition civiliste, de la common law en matière de droit civil. La loi qui lance cette codification en 1857 énonce dès ses premiers articles qu'elle doit suivre le même plan général que le Code civil français³², que les Québécois appliquaient jusqu'alors en matière de droit civil.

Cependant, les codificateurs, pour des raisons mal comprises, décident de ne pas adopter certaines des mesures d'équité présentes dans le droit français. Ainsi disparaît la possibilité d'invoquer la lésion entre majeurs lors de la vente d'un immeuble³³. Aussi, le troisième alinéa de l'article 1134 du C.N. qui se lit : « [les conventions] doivent être exécutés de bonne foi » disparaît dans la codification.

Les tribunaux ne seront pas plus ouverts à l'équité. Bien que l'article 1024 C.c.B.C. reprenne l'article 1135 C.N. qui énonce que : « Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi », cet article ne semble avoir fait l'objet d'aucun suivi jurisprudentiel.

De plus, bien que le libellé de l'article 1024 C.c.B.-C. ait reconnu l'équité comme principe d'interprétation des obligations contractuelles, l'évolution du droit civil l'avait réduite au rang honorable, mais secondaire, des déclarations de principes. Le temps avait effectivement prouvé que l'équité contractuelle, mentionnée dans le Code de 1866, était impuissante pour remédier aux injustices auxquelles étaient exposées les parties vulnérables dans des rapports contractuels. Cela était particulièrement vrai à l'égard des relations entre les consommateurs et les « manufacturiers », tels qu'on les nommait alors³⁴.

Il faudra attendre 1964 pour voir le vent de changement de la justice contractuelle souffler sur le Québec. Cette année-là, on introduit dans le Code civil une courte section sur « l'équité dans certains contrats ». Cette section prévoit des mesures permettant notamment au juge de diminuer pour cause de lésion les obligations liées à un prêt d'argent ou autre opération de financement. Dans cette section, à l'article 1040 c) C.c.B.C., fait ainsi son apparition dans le droit civil du Québec une application de la doctrine de common law de l'iniquité (unconscionability). Ainsi le juge pourra dorénavant réduire les obligations financières d'une

³² Art. 7, Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure, 1857, S.P.C., c. 43

³³ Art. 1674 C.N.

³⁴ Louis LEBEL, *Le principe de bonne foi en droit civil québécois*. Manuscrits de la conférence en mémoire de l'honorable Charles D. Gonthier. Montreal 2011.
<http://cisdl.org/gonthier/public/pdfs/papers/Conf%C3%A9rence%20Charles%20D%20Gonthier%20-%20Louis%20LeBel.pdf> (Page consultée le 25 septembre 2011).

partie lorsque les termes du contrat rendent « l'opération abusive et exorbitante ». La version anglaise utilise les termes « harsh and unconscionable ».

Mais de façon beaucoup plus significative, le Québec adopte en 1971 sa *Loi sur la protection du consommateur* (RSQ, c P-40.1, ci-après LPC), qu'il modifiera en 1978 pour lui donner la forme sous laquelle on la connaît aujourd'hui. La LPC permet notamment à un juge d'intervenir pour cause d'abus ou de lésion dans tout contrat de consommation, et non plus seulement dans les contrats qui visent le financement ou le prêt.

*8. Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante*³⁵.

En 1973, le Code civil est de nouveau modifié, notamment en ce qui a trait au louage d'habitation, pour protéger les locataires contre la lésion, en établissant des procédures de contrôle des augmentations de loyer, mais aussi en prévoyant l'interdiction de clauses abusives (art. 1664d, 1664g et 1664 h³⁶).

À la même époque, le gouvernement du Québec amorce le travail de révision complète du Code civil. Ce travail se soldera par l'adoption en 1991 du Code civil du Québec ; une des mesures les plus publicisées de ce nouveau Code civil sera le nouvel article 1437, qui porte spécifiquement sur les clauses abusives.

3.2 CLAUSES ABUSIVES ET LÉGISLATION DU QUÉBEC

La réforme du Code civil du Québec (C.c.Q.) s'inscrit dans un mouvement mondial de réforme³⁷ ; de la théorie classique des contrats, un mouvement puissant se manifeste en faveur de ce qu'on a appelé la nouvelle justice ou nouvelle morale contractuelle. Dès 1964, une nouvelle section intitulée « De l'équité dans certains contrats » avait été ajoutée aux dispositions générales du titre du Code civil du Bas-Canada relatif aux obligations en vue de tempérer le libéralisme contractuel³⁸.

Contrairement à son prédécesseur, le Code civil du Bas-Canada, qui vibrait au diapason de l'idéologie libérale, s'appuyant sur les principes de la force obligatoire des contrats, dont le pivot central est la libre volonté des parties et s'opposant à l'intervention du juge dans le contrat, le C.c.Q. reconnaît que certaines règles d'ordre public, dont la bonne foi, doivent aujourd'hui prendre le pas sur la force obligatoire des contrats.

³⁵ Art 8 LPC.

³⁶ On retrouve ces dispositions aux articles 1900, 1901, 1904, 1905, 1906, 1910 al. 2 du Code civil du Québec.

³⁷ Entrepris en 1955 par l'adoption de la Loi concernant la révision du Code civil et la création de l'Office de révision du Code civil (1965), la réforme complète du Code civil, après des modifications substantielles apportées au droit de la famille, jugé prioritaire, en 1980, puis au droit des personnes, des successions et des biens dans les années qui ont suivi, sera complétée près de 40 ans plus tard. Le nouveau Code civil sera adopté en 1991 et entrera en vigueur en 1994.

³⁸ Ministère de la Justice du Canada. *Dates importantes de l'histoire du droit civil du Québec*. (2009)

En fait, l'un des principes fondamentaux qui ont guidé le travail des codificateurs est celui de l'obligation de la bonne foi dans les rapports privés. Ainsi, l'obligation de bonne foi ne se retrouve plus uniquement comme principe général d'interprétation, mais devient règle de droit (arts. 6, 7 et 1375 C.c.Q.). Le législateur reconnaît que le contrat a une utilité sociale et qu'il doit répondre aux normes morales reconnues par notre société. C'est ainsi que présentait le ministre de la Justice le nouvel article 6 :

Cet article a pour effet d'empêcher que l'exercice d'un droit ne soit détourné de sa fin sociale intrinsèque et des normes morales généralement reconnues dans notre société³⁹.

Ce rôle social du contrat et son utilité ont été reconnus par la doctrine, ainsi que la base que cette utilité constitue pour justifier l'intervention du législateur :

Le contrat doit être utile. L'utilité s'entend dans le sens d'intérêt général. Le contrat a une utilité sociale. Il s'avère l'instrument par excellence pour effectuer les échanges de biens et de services entre les personnes. Cet instrument est indispensable à la vie en société. Le citoyen ne vit ni en ermite, ni en solitaire. Il a nécessairement besoin de l'activité de ses pairs et de mécanismes juridiques pour assurer sa croissance. Le contrat a donc une utilité sociale certaine, et c'est à ce titre que le législateur le sanctionne et qu'il intervient pour contrôler les abus qu'il peut engendrer⁴⁰.

Dans cette foulée de l'instauration au Code civil de la nouvelle justice contractuelle, plusieurs mesures furent adoptées afin de protéger le contractant qui se trouve en position de faiblesse. Par exemple, l'article 1623 C.c.Q. permet au juge de réduire une clause pénale si elle est abusive :

1623. *Le créancier qui se prévaut de la clause pénale a droit au montant de la peine stipulée sans avoir à prouver le préjudice qu'il a subi.*

Cependant, le montant de la peine stipulée peut être réduit si l'exécution partielle de l'obligation a profité au créancier ou si la clause est abusive.

Aussi l'article 2332 C.c.Q., qui reprend la doctrine de l'iniquité issue de la common law, permet au tribunal d'annuler ou de réduire les obligations d'un contrat de prêt s'il considère qu'il y a eu lésion :

2332. *Lorsque le prêt porte sur une somme d'argent, le tribunal peut prononcer la nullité du contrat, ordonner la réduction des obligations qui en découlent ou, encore, réviser les modalités de leur exécution dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à toutes les circonstances, qu'il y a eu lésion à l'égard de l'une des parties.*

En matière de bail résidentiel, le législateur est aussi intervenu afin d'éviter l'exploitation d'un contractant vulnérable :

1900. *Est sans effet la clause qui limite la responsabilité du locateur, l'en exonère ou rend le locataire responsable d'un préjudice causé sans sa faute.*

³⁹ Commentaires du ministre de la Justice concernant l'art. 6 C.c.Q.

⁴⁰ Brigitte LEFEBVRE, *La justice contractuelle : mythe ou réalité ?*, Les Cahiers de droit, vol. 37, N° 1, 1996, pp. 17-30, p. 21 <http://id.erudit.org/iderudit/043375ar> (Page consultée le 25 septembre 2011).

Est aussi sans effet la clause visant à modifier les droits du locataire en raison de l'augmentation du nombre d'occupants, à moins que les dimensions du logement n'en justifient l'application, ou la clause limitant le droit du locataire d'acheter des biens ou d'obtenir des services de personnes de son choix, suivant les modalités dont lui-même convient.

1901. *Est abusive la clause qui stipule une peine dont le montant excède la valeur du préjudice réellement subi par le locateur, ainsi que celle qui impose au locataire une obligation qui est, en tenant compte des circonstances, déraisonnable.*

Cette clause est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

1904. *Le locateur ne peut exiger que chaque versement excède un mois de loyer; il ne peut exiger d'avance que le paiement du premier terme de loyer ou, si ce terme excède un mois, le paiement de plus d'un mois de loyer.*

Il ne peut, non plus, exiger une somme d'argent autre que le loyer, sous forme de dépôt ou autrement, ou exiger, pour le paiement, la remise d'un chèque ou d'un autre effet postdaté.

1905. *Est sans effet la clause d'un bail stipulant que le loyer total sera exigible en cas de défaut du locataire d'effectuer un versement.*

1906. *Est sans effet, dans un bail à durée fixe de 12 mois ou moins, la clause stipulant le réajustement du loyer en cours de bail.*

Est également sans effet, dans un bail dont la durée excède 12 mois, la clause stipulant le réajustement du loyer au cours des 12 premiers mois du bail ou plus d'une fois au cours de chaque période de 12 mois.

1910. *Le locateur est tenu de délivrer un logement en bon état d'habitabilité; il est aussi tenu de le maintenir ainsi pendant toute la durée du bail.*

La stipulation par laquelle le locataire reconnaît que le logement est en bon état d'habitabilité est sans effet.

Mais, au-delà des mesures ciblées prévues pour des contrats déterminés, le législateur va créer un régime de protection général afin de protéger le contractant le plus faible contre les clauses contractuelles abusives. C'est aussi ce régime général d'interdiction des clauses abusives, que l'on retrouve à l'art.1437 C.c.Q. qui a particulièrement retenu l'attention des tribunaux⁴¹ ainsi que de la doctrine.

⁴¹ Benoît MOORE, *Sur l'avenir incertain du contrat de consommation*, dans Les contrats du consommateur. Rapport national québécois Partie I, journées colombiennes, Henri Capitant, p. 11.

Face à la multiplicité des contrats d'adhésion et les injustices constatées par les tribunaux, le législateur a choisi de privilégier la prohibition des clauses abusives en donnant au juge le pouvoir d'annuler ou de réduire toutes clauses abusives qui désavantagent une partie d'une manière excessive et déraisonnable, allant à l'encontre de la bonne foi :

1437. La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.

On remarque que cette intervention à l'encontre des clauses abusives ne vise que les contrats de consommation et les contrats d'adhésion, deux types de contrat pour lesquels le déséquilibre entre les contractants est tenu pour acquis.

Mais ce mouvement vers l'équité, même s'il a été entrepris en vue de protéger le contractant le plus faible contre l'exploitation, l'iniquité et l'injustice, ne s'est pas fait sans grincement de dents, l'approche libérale traditionnelle ayant laissé ses marques et ses tenants freinant l'audace du législateur.

Dans le rapport de l'Office de révision du Code civil, remis au gouvernement en 1978 et déposé à l'Assemblée nationale sous forme de projet de Code civil accompagné de deux volumes de commentaires, les codificateurs proposaient notamment l'adoption de trois mesures différentes de protection contre l'exploitation contractuelle, soit celles contre les clauses abusives, contre la lésion et contre l'imprévision⁴². Les pressions des partisans d'un libéralisme économique classique, qui invoquaient leur inquiétude face à l'instabilité contractuelle que ne manquerait pas de causer l'adoption de ces approches dans le C.c.Q., se firent rapidement sentir. Même en écartant précipitamment et complètement la notion d'imprévision et en atténuant considérablement la portée des mesures concernant la lésion, limitant son applicabilité au seul contrat de consommation (déjà protégé contre la lésion à l'époque par la L.P.C.⁴³, faut-il le rappeler), rien n'y fit : le législateur, devant le tollé suscité par les détracteurs, recula quant à l'adoption de ces mesures. Ainsi, malgré les recommandations de l'Office de révision du Code civil, la lésion entre majeurs fut écartée, tout comme l'imprévision, comme motif d'annulation ou de modification d'un contrat. Le ministre de la Justice, reprenant à son compte les arguments des tenants du *statu quo*, a justifié ainsi ce recul :

Le domaine d'application de la lésion n'a pas été étendu à toute personne physique, même majeure et pleinement capable. Car, même si elle se situait dans le prolongement d'une extension constante du concept de lésion entre majeurs en droit québécois, notamment avec l'émergence du droit de la consommation, l'extension du domaine de la lésion, non circonscrite à des cas spécifiques, paraissait susceptible de compromettre la stabilité de l'ordre contractuel, d'engendrer éventuellement certains abus et de diminuer dans une certaine mesure le sens des responsabilités des citoyens⁴⁴. (notre soulignement).

⁴² Pierre-Gabriel JOBIN, *Deux lacunes de la justice contractuelle dans le Code civil du Québec*, p. 4.

⁴³ Art. 8 et 9 L.P.C.

⁴⁴ *Commentaires du ministre de la justice : Le Code civil du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993, Art. 1405.

Cette inquiétude est assez surprenante, sachant que les recours basés sur la lésion entre majeurs qui, depuis 1978, permettent par le biais de la *Loi sur la protection du consommateur* de rescinder un contrat, n'a pas provoqué l'instabilité tant redoutée par les partisans du non-interventionnisme du juge dans le contrat.

Cette omission est d'autant plus dommage que l'inclusion, par le biais de l'article 8 de la LPC, de la possibilité d'attaquer un contrat pour cause de lésion, nous enseigne que la possibilité de voir un contrat rescindé ou annulé pour cause de lésion a eu un effet préventif sur la rédaction des contrats. En effet, comme le souligne le professeur Jobin, dans les faits, très peu de contrats ont fait l'objet de révision par un tribunal pour cause de lésion. Pour reprendre son expression : « Les piliers du temple de la stabilité contractuelle ne sont pas ébranlés⁴⁵. » Pour cet auteur, l'inclusion à l'art. 1408 C.c.Q. de la possibilité, pour un défendeur, lors d'un recours basé sur la lésion, d'offrir d'augmenter sa propre obligation ou de réduire celle de la partie qui s'estime lésée introduit dans notre droit une mesure novatrice qui permet même, plutôt que de la mettre en péril, d'augmenter la stabilité des contrats en donnant au juge une certaine souplesse en lui permettant d'éviter d'annuler d'un contrat autrement lésionnaire⁴⁶. L'auteur critique durement ce choix du statu quo :

À l'instar du droit antérieur, dans le Code civil du Québec, la lésion n'est admise que dans quelques domaines étroitement circonscrits, tels que le prêt d'argent. Dans les dispositions générales du code traitant du droit commun des contrats, la lésion retrouve exactement la place qu'elle occupait dans code précédent : une place vide. En effet, selon l'article 1405 du Code civil du Québec, « outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés ». Ceci représente ni plus ni moins qu'une volte-face par rapport aux recommandations de l'Office de révision du Code civil⁴⁷.

Il conclut, s'appuyant notamment sur les analyses des sommités comme Pineau, Lluelles et Crépeau :

En définitive, de l'avis de la grande majorité des auteurs, la réforme du Code civil a été un véritable échec en ce qui concerne la lésion⁴⁸.

Cela est d'autant plus regrettable que, comme nous le soulignons plus loin dans notre étude comparative sur les méthodes de contrôle des clauses abusives dans les juridictions de common law, qu'elles soient canadiennes, étasuniennes, anglaises ou australiennes, la doctrine de l'iniquité (unconscionability), concept très proche de celui de la lésion, qui permet aux juges de réviser un contrat, est de nos jours tout à fait acceptée. De plus, les codes civils néerlandais, allemand, brésilien, suisse et italien, entres autres, ont incorporé cette notion de la lésion entre majeurs sans que quelque tsunami d'instabilité contractuelle n'ait été noté dans ces pays.

Mais qu'est-ce qui différencie la notion de clause abusive de celle de lésion? Sachant que toutes deux visent à « sanctionner l'exploitation de la faiblesse de l'un par l'abus de puissance

⁴⁵ Pierre-Gabriel Jobin, *La modernité du droit commun des contrats dans le code civil du Québec : Quelle modernité?*, R.I.D.C. 1-2000, 49, 57.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Pierre-Gabriel Jobin, *Deux lacunes de la justice contractuelle dans le Code civil du Québec*, p. 8.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 10.

de l'autre⁴⁹ » et à attaquer un déséquilibre flagrant, un désavantage excessif et déraisonnable dont serait victime l'un des contractants, ne se confondent-elles pas ?

En fait, ces deux notions, qui sont au cœur du droit de la consommation, semblent d'un point de vue théorique assez faciles à différencier. La lésion est un déséquilibre global, un défaut d'équivalence entre les prestations (entre l'objet du contrat et son prix) ; une clause est pour sa part abusive quant à son contenu ; le déséquilibre qu'elle révèle est inhérent à une clause particulière du contrat. Un contrat est lésionnaire, une clause est abusive⁵⁰.

Une fois cette affirmation faite, il faut reconnaître qu'elle ne fait pas l'unanimité chez les juristes, et, plus important encore, la jurisprudence est loin d'avoir adopté une position tranchée sur l'application de ces concepts à des cas particuliers. Moore souligne d'ailleurs que :

[...] le lien entre ces deux notions fait actuellement l'objet d'un vif débat dans la doctrine québécoise, certains soutenant que la notion de clause abusive se rapproche, voire se confond, avec celle de lésion⁵¹.

Regardons de plus près l'art. 1437 et son application.

De façon préliminaire, on doit noter que cet article est d'ordre public et que seul le juge peut déterminer si une clause est ou non abusive. En conséquence, une clause au contrat qui stipulerait que les parties reconnaissent qu'aucune disposition n'est abusive ou excessive serait illégale à sa face même⁵².

Comme nous le verrons plus loin, il est de mise en Europe, tant au niveau des directives de l'Union européenne que dans les régimes nationaux de protection contre les clauses abusives, de dresser des listes de clauses qui seront présumées ou réputées abusives. Ce n'est pas l'approche qui a été choisie par le législateur québécois : l'article 1437 n'est accompagné ni ne réfère à aucune liste de clauses qui pourrait permettre de cerner l'interprétation ou l'application souhaitée par le législateur.

Plusieurs clauses ou stipulations contractuelles ont pourtant fait l'objet de réglementation spécifique ou de mise en garde par les tribunaux. On retrouve dans la *Loi sur la protection du consommateur* plusieurs clauses explicitement interdites : interdiction expresse des clauses d'exclusion de responsabilité (art. 10), de certaines clauses donnant un pouvoir unilatéral au commerçant (art. 11), de celles qui imposent un arbitrage obligatoire ou qui restreignent le droit du consommateur d'ester en justice (art. 11.1), de celles qui permettent au commerçant de modifier unilatéralement le contrat, sauf à certaines conditions (art. 11.2), de celles qui permettent au commerçant de résilier unilatéralement un contrat de service à exécution successive à durée déterminée et dans le cas d'un contrat de service à exécution successive à durée indéterminée sans en avoir préalablement avisé le consommateur (art. 11.3), de celle qui impose au consommateur d'autres frais que l'intérêt couru (art. 13), de celle qui oblige à se soumettre à une loi étrangère (art. 19), des clauses d'élection de for (art. 22.1), de celles qui

⁴⁹ Benoît MOORE, *Les clauses abusives : Dix ans après*, Revue du Barreau, tome 63, printemps 2003

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Location Tiffany Leasing inc. c. 3088-6022 Québec inc.*, J.E. 98-1485 (C.Q.);

obligent le consommateur qui veut se prévaloir d'une garantie à faire la preuve que les propriétaires précédents ont respecté les conditions de cette garantie (art. 52.1)⁵³.

Comme le soulignent, à propos de la pertinence de l'adoption d'une liste de clauses abusives, les auteurs d'un rapport récent sur l'opportunité de créer un Code de la consommation :

Une telle liste simplifierait grandement la détection des abus dans les contrats de consommation et aurait pour effet de faciliter la preuve par le consommateur d'une violation à la loi par l'entreprise. Elle aurait aussi l'avantage d'apporter cohérence et clarté au texte de la LPC actuelle en regroupant en un lieu unique des dispositions actuellement éparses⁵⁴.

De plus, nous croyons qu'une telle liste aurait un effet préventif ; nous reviendrons sur ce sujet un peu plus loin dans ce travail.

Comme nous le signalions, le premier paragraphe nous indique que l'article 1437 ne s'applique qu'aux contrats de consommation ou d'adhésion : « *La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.* » Le contrat d'adhésion est défini à l'article 1379 C.c.Q., le contrat de consommation à l'art. 1384 C.c.Q. :

1379. *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.*

1384. *Le contrat de consommation est le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite.*

Il est bon de noter ici que la *Loi sur la protection du consommateur* ne définit pas pour sa part le contrat de consommation, mais que son champ d'application est ainsi délimité :

1. *La présente loi s'applique à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service.*

Le consommateur, personne physique, est de son côté défini à l'article 1 par opposition au commerçant : « une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce », la définition de commerçant étant, curieusement,

⁵³ Comme nous le verrons plus loin, le législateur allemand, qui a adopté un « catalogue » de clauses abusives, ne les désigne pas non plus sous ce nom spécifique. La clause d'interdiction générale ne parle pas non plus d'«abus», quoique le contenu corresponde en tout point aux clauses types d'interdiction de clauses abusives (telle celle du Code civil du Québec) et que les clauses listées au « catalogue » allemand sont celles (ou sont du même type que celles) qui apparaissent dans les lois européennes qui établissent des listes de clauses dites abusives.

⁵⁴ Thierry BOURGOIGNIE, Pierre-Claude LAFOND et Lindy ROUILLARD. *La réforme de la Loi sur la protection du consommateur du Québec. Jalons pour un Code de la consommation du Québec*. Montréal, 2011.

réservée à la version anglaise de l'article 1 de la Loi : « In this Act, the word “merchant” includes any person doing business or extending credit in the course of his business. »

On constate donc que la définition du contrat de consommation fait en sorte que certains des contrats « dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur » ne pourront, au sens du Code civil, être considérés comme des contrats de consommation⁵⁵.

A) La portée de l'art. 1437

Une fois le contrat caractérisé comme étant d'adhésion ou de consommation, condition préalable à l'application de l'article 1437, des débats doctrinaux nous invitent à nous interroger sur le type de clauses qui peuvent être sujettes à la révision du juge sous cet article.

En effet, historiquement, le concept de clauses abusives, tel que développé en Europe, ne permet d'attaquer que les clauses accessoires d'un contrat ; les protections qu'offre la loi relativement aux clauses abusives ne pourront trouver application face aux clauses essentielles d'un contrat, telles celles portant sur le prix payé ou sur l'objet principal du contrat.

Cette dichotomie repose sur la façon dont est, en principe, négocié le contrat. Dans un contrat d'adhésion (ce qu'est le plus souvent le contrat de consommation), les clauses accessoires ne sont pas négociées, mais imposées. Cette façon de contracter aggrave la position de faiblesse de l'adhérent, instaurant un modèle de relation contractuelle où il subit et n'a d'autre choix que de se soumettre aux règles du marché, soit celles qui sont dictées par son cocontractant. L'adhérent est donc susceptible d'être abusé ou encore mal informé des clauses du contrat⁵⁶. C'est pourquoi le législateur a donné au juge le pouvoir d'intervenir pour remettre un peu de justice et d'équité dans le contrat. En ce qui a trait aux clauses essentielles, qui, pour leur part, pourront parfois faire l'objet d'un certain degré de négociation, seul le recours à la notion de lésion pourra permettre l'intervention du juge, dans les cas où la loi le permet.

⁵⁵ Cette incongruité découle du fait que des débats ont eu lieu, lors de réforme du Code civil, sur la pertinence d'y intégrer ou non le contenu de la LPC, soit de prévoir un chapitre portant spécifiquement sur le droit de la consommation. Pour certains, l'intégration de cette loi dans le Code civil aurait été une reconnaissance de l'importance sociale du droit de la consommation et du fait que le Code civil reconnaît aujourd'hui l'importance de protéger les contractants les plus faibles. Pour les opposants, l'intégration du droit de la consommation au Code aurait, à terme, ralenti son évolution et amoindri son effet protecteur. La position de compromis fut de maintenir la LPC à l'extérieur du Code civil, tout en prévoyant au C.c.Q. certaines stipulations relatives au contrat de consommation. Cependant, comme le soulignent certains auteurs, ce choix n'a certes pas été des plus heureux : en procédant ainsi, le législateur a établi deux régimes de protection du consommateur – des divergences sont susceptibles de se révéler selon les sources du droit.

⁵⁶ Nathalie CROTEAU, *Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi*, (1996) 26 R.D.U.S., p. 403.

L'Union européenne, dans sa directive concernant les clauses abusives, a clairement établi cette distinction entre les types de clauses « attaquables », indiquant explicitement que les clauses principales du contrat sont exclues de l'examen du caractère abusif :

[[l]’appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l’objet principal du contrat ni sur l’adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert⁵⁷.

L'article 1437 ne fait pas de telle distinction. Au contraire, le texte indique explicitement : « *Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur [...]* » (nous soulignons). Si le législateur voulait limiter la portée de cette disposition aux seules clauses accessoires ou périphériques, la rédaction est pour le moins maladroite. Et d'autant plus étonnante que, comme nous l'avons mentionné plus haut, le législateur a affirmé clairement qu'il refusait de permettre aux majeurs d'invoquer la lésion comme cause de révision de contrat ; plusieurs ont donc vu dans cet article une brèche à ce rejet.

Si une clause est jugée abusive, un juge peut, en vertu de l'article 1438, annuler l'ensemble du contrat dans les cas où : « le contrat [doit] être considéré comme un tout indivisible ». Ainsi, le tribunal a le pouvoir d'annuler un contrat, donc des clauses essentielles, ce qui, rappelons-le, est normalement du domaine de la réparation à l'égard de la lésion.

Finalement, certains voient dans la similitude des textes traitant des clauses abusives et de la lésion une indication que ces deux concepts se recoupent. Ainsi, l'expression « désavantager l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable » de l'art.1437, qui définit la clause abusive, serait équivalente à « exploitation par une partie entraînant une disproportion importante entre les prestations des parties » (art.1406 al.1), qui définit la lésion.

Cependant pour la majorité des commentateurs, le refus explicite d'inclure au Code civil une disposition qui donnerait la possibilité d'invoquer la lésion entre majeurs, tel qu'exprimé clairement dans les commentaires du ministre de la Justice, ne peut être ignoré et, sans une modification expresse de l'article 1405 C.c.Q., qui prévoit que : « *Outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés* », ce serait à leur avis une erreur que d'interpréter le Code civil comme permettant la révision d'un contrat d'adhésion ou de consommation pour cause de lésion entre majeurs, c'est-à-dire parce que ses clauses essentielles désavantagent l'adhérent.

Seize ans après l'entrée en vigueur de l'art. 1437, on pourrait penser que les tribunaux auraient réglé cette controverse doctrinale. Dans les faits, les auteurs qui ont analysé la jurisprudence notent que la majorité des clauses qui ont fait l'objet d'un examen judiciaire était des clauses périphériques. Plusieurs jugements portent tout de même sur certaines clauses essentielles d'un contrat, le tribunal ayant, sciemment ou par erreur, examiné leur caractère abusif.

L'exemple le plus souvent cité à ce sujet est l'arrêt Kabakian⁵⁸, rendu par la Cour d'appel du Québec. Dans cette cause, la Cour avait à examiner les contrats d'adhésion que sont les contrats de parrainage d'immigrants. En vertu de ces contrats, ceux qui désirent parrainer leurs parents pour leur permettre d'immigrer doivent s'engager envers le gouvernement du Québec à se porter garants des personnes qu'ils parrainent, et ce, pour une période de dix ans. Un des arguments soulevés pour attaquer une réclamation faite sur la base d'un tel engagement était

⁵⁷ Directive N° 93/13/CEE du 5 avril 1993 (J.O.C.E. N° L.95 du 21 avril 1993), art. 4

⁵⁸ P.G. Québec c. Kabakian-Kechichian, [2000] R.J.Q. 1730, 1739 (C.A.).

qu'une telle clause était abusive, du fait de sa durée. Écrivant pour la Cour, le juge Beaudoin, dans un premier temps, souligne la controverse au sujet de la portée de l'article 1437. Il écrit :

Les auteurs ne s'entendent pas, au niveau théorique, sur le concept même de la clause abusive. Pour certains, il s'agit d'une simple illustration particulière de la lésion, notamment de la conception retenue en droit de la consommation, pour d'autres d'un concept différent et séparé, alors que d'aucuns y verront une simple conséquence ou application particulière de la notion de bonne foi consacrée par le législateur pour l'ensemble de la vie du contrat.

Par la suite, il va expliquer pourquoi la clause analysée n'est pas excessive et déraisonnable. Il écrit :

La clause vise à permettre à certaines personnes liées au parrain par des liens familiaux ou amicaux d'accéder à l'immigration, alors qu'elles n'auraient, très probablement, jamais pu y prétendre. En outre, l'immigration confère à ces mêmes personnes une série d'avantages dont elles n'auraient pas pu autrement bénéficier (accès au système de santé de l'État, sécurité du revenu, accès à l'aide juridique, etc.). C'est, en quelque sorte, un prix minime à payer pour l'exercice d'un privilège permettant, d'une part, la réunification des familles et, d'autre part, l'accessibilité aux divers services de l'État.

Ainsi la Cour n'a pas hésité à examiner la clause malgré le fait qu'il ne s'agissait manifestement pas d'une clause périphérique, au contraire cette clause était l'obligation première des parrains contractants, que la Cour évalue au regard des avantages que retire le contractant en contrepartie de ce « *prix minime à payer* ». Pour certains cette analyse de la cour d'appel indique clairement son acceptation de la possibilité d'examiner une clause essentielle en vertu de l'art. 1437 C.c.Q. Et du même coup, puisque la Cour examine si la clause pourrait être qualifiée d'abusives sur cette base, on constate que les tribunaux seraient justifiés de considérer que l'imprévisibilité est un argument recevable lorsqu'un contractant s'estime lésé et qu'il considère la clause en litige abusive.

À tout le moins, il nous semble que cette décision de la Cour d'appel invite une interprétation large de l'art. 1437 C.c.Q. Mais le débat n'est certainement pas tranché pour autant.

B) Le caractère excessif et déraisonnable

L'article 1437 définit la 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* ».

Mais qu'est-ce qu'un désavantage excessif ? Quand devient-il déraisonnable ? Et quand cela va-t-il à l'encontre de la bonne foi ?

Dans un premier temps, retenons que l'interprétation de la clause d'un contrat doit se faire dans le contexte du contrat. En effet l'art. 1427 C.c.Q. nous indique que « *les clauses s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble du contrat* ». Ainsi, une clause qui pourrait paraître abusive *per se* (telle une clause de vente d'un bien « sans garantie », par exemple) pourrait ne pas être jugée excessive ou déraisonnable si, en

contrepartie, le contrat prévoit, par exemple, une réduction importante du prix de vente. La Cour d'appel a d'ailleurs reconnu ce principe dans l'arrêt *Janin Construction*⁵⁹.

Il faut aussi noter que la doctrine et la jurisprudence majoritaire s'entendent pour considérer que le critère d'évaluation réside essentiellement dans le caractère « excessif et déraisonnable » de la clause. La bonne foi, quant à elle, serait le fondement de la règle et sa mention ne constituerait pas un critère d'analyse supplémentaire.

Certains juges ont quand même décidé qu'une démonstration de la mauvaise foi du contractant le plus fort devait être faite en vue d'établir le caractère abusif d'une clause donnée. Bien que nous abondions dans le sens des auteurs qui estiment que ces décisions interprètent incorrectement l'art. 1437, il serait peut-être opportun de clarifier le texte à ce sujet afin de lever toute ambiguïté. C'est aussi la conclusion à laquelle en arrive le Groupe de Recherche et d'étude en droit comparé international de la consommation (GREDICC), qui, dans son rapport « Jalon vers un code de la consommation », propose un texte différent, où la référence à la bonne foi est exclue⁶⁰.

Pour qu'une clause soit jugée abusive, le désavantage qu'elle entraîne doit être excessif et déraisonnable ; il s'agit là de deux conditions distinctes et cumulatives. Le juge Baudoin écrit à ce sujet, dans l'arrêt *Kabakian* précité⁶¹:

Le législateur impose donc deux conditions à l'existence du caractère abusif de la clause, soit qu'elle désavantage l'adhérent d'une façon excessive, mais aussi d'une façon déraisonnable.

Pour la Cour, le caractère excessif peut s'apprécier aussi bien en fonction de critères objectifs que de critères subjectifs :

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.

Quant au caractère déraisonnable, son analyse serait de nature strictement objective.

Mais cette analyse subjective du caractère excessif du désavantage, qui prend en considération les caractéristiques propres du contractant le plus faible, se fait-elle en examinant la situation de ce cocontractant au moment où l'injustice est constatée ou au moment de la conclusion du contrat?

⁵⁹ *Régie d'assainissement des eaux du Bassin de la Prairie c. Janin Construction (1983) Ltée*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.).

⁶⁰ Thierry BOURGOIGNIE, Pierre-Claude LAFOND et Lindy ROUILLARD. *La réforme de la Loi sur la protection du consommateur du Québec. Jalons pour un Code de la consommation du Québec*. Montréal, 2011.

⁶¹ *P.G. Québec c. Kabakian-Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730, 1739 (C.A.).

Toujours dans la cause *Kabakian* le juge Baudoin écrit à ce sujet :

[...] 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 (art. 771, 1294, 1834 C.c.Q.). (nous soulignons)

Ainsi, il apparaît que la Cour, tout en favorisant une analyse qui porte sur le moment de la conclusion du contrat, ne ferme pas complètement la porte à un examen qui tiendrait compte d'éléments qui surviennent au moment de l'application de la clause⁶².

La doctrine semble assez d'accord sur l'importance de ne pas limiter d'une façon stricte l'examen de la clause aux circonstances existantes au moment de la conclusion du contrat. Le professeur Moore écrit à ce sujet :

[...] on doit tout de même éviter, comme nous y invite en quelque sorte la Cour d'appel, de refuser péremptoirement de prendre en compte des événements particuliers pouvant "corroborer" ou révéler le caractère abusif d'une clause. En ce sens, il faut adopter une approche pragmatique de la notion de clause abusive⁶³.

Cela étant dit, cette analyse théorique trouve peu d'écho dans la plupart des décisions rendues en vertu de l'art. 1437. La notion de bonne foi est également peu discutée lors de l'application de cet article. Par contre, les tribunaux semblent ouverts à intervenir pour s'assurer que l'engagement soit juste et que la bonne foi soit respectée. Dans les faits, la clause est souvent considérée abusive, le cas échéant, sans que la décision rapporte de véritables explications. Les juges interviennent lorsque la situation est vraiment « choquante » et non seulement regrettable.

En cela l'objectif fixé par le législateur serait atteint. Comme l'explique le juge Beaudoin dans *Kabakian* :

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.

C) La loi sur la protection du consommateur

Comme nous le mentionnions préalablement, le Québec a adopté en 1971 sa première *Loi sur la protection du consommateur*, qui a été modifiée pour la première fois en 1978. Bien qu'aucune mesure spécifique n'y soit prévue pour permettre d'attaquer les clauses abusives, on retrouve dans cette loi l'article 8 qui porte, notamment sur la possibilité pour un consommateur de demander aux tribunaux d'annuler le contrat ou de réduire ses obligations qui en découlent s'il existe une disproportion entre les obligations des parties et que cette disproportion constitue une exploitation du consommateur.

⁶² *Papineau c. La Survivance, Compagnie mutuelle d'assurance-vie*, [2001] R.R.A. 277 (C.Q.).

⁶³ Benoît MOORE, *Les clauses abusives : Dix ans après*, Revue du Barreau, tome 63, printemps 2003.

On entrevoit dans l'article 8 de la *LPC* la même finalité que dans les dispositions étrangères qui visent à protéger les consommateurs contre les effets néfastes des clauses contractuelles qui peuvent être abusives. Malgré l'absence de disposition particulière sur les clauses abusives, la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec interdit l'utilisation de certaines clauses dans les contrats de consommation. À titre d'exemple, nous retrouvons à l'article 19 une interdiction d'insérer dans un contrat de consommation une clause qui assujettirait une partie du contrat ou le contrat dans son entièreté à une loi autre qu'une loi québécoise ou canadienne⁶⁴. D'autre part, l'article 11.1 proscrit l'utilisation de clause contractuelle qui imposerait au consommateur de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage ou l'empêcherait d'entreprendre un recours collectif ou de participer à un tel recours ou qui restreindrait de toute autre façon son droit d'ester en justice⁶⁵. Ce type de clause étant de celles que proscrivent les juridictions qui adoptent des listes de clauses déclarées ou présumées abusives, on constate ici le souci du législateur de contrer l'usage des clauses abusives, même si la Loi ne les nomme ni ne les définit par ces termes⁶⁶.

De plus, afin de demeurer à l'affût de l'insertion de nouvelles clauses contractuelles au potentiel abusif dans les contrats de consommation, le législateur québécois a prévu le pouvoir d'établir par voie réglementaire des listes de clauses dont l'usage serait prohibé dans les contrats de consommation⁶⁷. Certains verront dans l'approche québécoise un manque de vigueur à l'encontre des clauses abusives et craignent que la protection offerte aux consommateurs contre ce type de clause ne soit pas suffisante. Par opposition au Québec, certains pays européens, dans le cadre de leur réglementation des clauses abusives, ont plutôt élaboré, depuis un certain temps déjà, des listes de clauses problématiques qui servent à établir des présomptions qui peuvent être irréfragables, listes qui s'ajoutent à une disposition générale qui interdit les clauses abusives ou les prive d'effet. Il s'agit d'ailleurs, comme nous le verrons plus loin, d'une pratique qui a été reprise dans une directive de l'Union européenne qui impose à tous les États membres l'adoption de cette approche⁶⁸.

Cette approche différente dans la réglementation des clauses contractuelles par le biais de la *LPC* doit-elle amener à conclure que le Québec offre aux consommateurs des recours qui ne seraient pas adéquats afin d'assurer une protection optimale ?

D) Les recours contre les clauses abusives

On se rappellera que les consommateurs québécois parties à un contrat de consommation bénéficient aussi bien de l'application de la *Loi sur la protection du consommateur*, dont ils pourront invoquer l'article 8 (qui, rappelons-le, ne porte pas sur les clauses abusives, mais plutôt sur la lésion) que de celle du *Code civil*, qui permet, par le biais de l'article 1437, d'attaquer les clauses abusives.

Sans faire un exposé détaillé des éléments de preuve nécessaires aux diverses demandes en justice en matière de clauses abusives et sans faire une étude plus approfondie du débat qui

⁶⁴ Art. 19 *LPC*.

⁶⁵ Art. 11.1 *LPC*.

⁶⁶ Nous verrons plus loin que le législateur allemand interdit lui aussi des clauses abusives sans les qualifier.

⁶⁷ Art. 350 *LPC*.

⁶⁸ Nous traiterons plus en détail, plus loin dans notre recherche, de la directive 93/13/CEE du Conseil européen ainsi que de son application dans les pays membres.

subsiste en droit québécois quant à certains éléments de l'article 1437 du C.c.Q⁶⁹, voici un bref survol des recours dont disposent les consommateurs en vertu du *Code civil* et d'autres lois québécoises.

Le recours prévu à l'article 1437 du *Code civil du Québec* permet au consommateur d'entamer une procédure qui viserait à faire déclarer inopposable une clause abusive présente dans un contrat auquel il est partie. Nous faisons également état plus haut de certaines dispositions particulières, touchant des domaines spécifiques, qui permettent au contractant le plus faible de demander la réduction de ses obligations ou encore la nullité du contrat ou de la disposition contractuelle en cause⁷⁰.

Tel qu'il appert de l'article 1437, le consommateur pourra demander que la clause qu'il juge abusive soit déclarée nulle ou que les obligations qui lui incombent soient réduites. Qu'en est-il des circonstances où le consommateur aurait subi un dommage suite à la mise en œuvre d'une clause abusive par le commerçant ? Dans un tel cas, le consommateur québécois dispose du recours en responsabilité civile ; il lui reviendra de faire la preuve du dommage, mais aussi d'une faute du commerçant et du lien de causalité entre cette faute et son dommage⁷¹.

De même, le consommateur victime de lésion pourra, en vertu de l'article 8 de la LPC, demander au tribunal de déclarer la nullité du contrat ou d'ordonner la réduction des obligations.

Nous verrons plus loin que nombre de pays prévoient le droit pour les associations de consommateurs d'agir, de différentes façons, au nom ou dans l'intérêt collectif des consommateurs à l'encontre des clauses abusives⁷².

La mise en application d'une clause contractuelle abusive peut donner lieu au Québec au dépôt d'un recours collectif contre le commerçant⁷³. Le recours collectifs permettra la mise en commun des intérêts des consommateurs qui auraient conclu un contrat similaire avec le commerçant en question. Ce recours « permet d'intenter au bénéfice de l'ensemble des consommateurs un recours qui vise à les indemniser ou, pour reprendre l'expression du professeur Pierre-Claude Lafond, qui permet la représentation collective des intérêts individuel. »⁷⁴ Bien que cet outil procédural se soit avéré jusqu'à présent fort utile en défense des droits des consommateurs, il n'est pas sans faille. En premier lieu, le nombre de consommateurs qui en aurait été floués par la mise en application ou l'existence d'une clause

⁶⁹ Élise CHARPENTIER, *L'article 1437 du Code civil du Québec: L'art de lire un article qui surprend*, dans Mélanges Jean Pineau, sous la direction de Benoît Moore, p. 233 à 249, les Éditions Thémis, 2004, <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/2233/1/L%27article%201437%20C.c.Q.%20-%20De%20l%27art%20de%20lire%20un%20article%20qui%20surprend.pdf> (Page consultée le 25 septembre 2011) *Op. cit.* Jobin, *Deux lacunes de la justice contractuelle dans le Code civil du Québec*.

⁷⁰ Par exemple, l'article 1623 porte sur le montant prévu dans une clause pénale, qui peut être réduit si la clause pénale est déclarée abusive.

⁷¹ Art. 1457 C.c.Q.

⁷² L'institution de ce type de recours confié aux associations de consommateurs découle d'ailleurs, pour les pays membres de l'Union européenne, de la *directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993* (J.O.C.E. N° L.95 du 21 avril 1993), art. 7.

⁷³ Loi sur le recours collectif, LRQ, c R-2.1; articles 999 et suivants du Code de procédure civile du Québec, L.R.Q. c.C-25.

⁷⁴ Geneviève Duchesne et Yannick Labelle, *Les associations de consommateurs et la défense de l'intérêt collectif des consommateurs : réflexions sur l'introduction d'un nouveau recours en droit québécois*, dans *L'accès des consommateurs à la justice* sous la direction de Pierre-Claude Lafond, Éditions Yvon Blais, Cowasville, 2010, p. 53.

abusive dans un contrat de consommation et le montant total en jeu (pourvu qu'un dommage puisse être réclamé) pourront être déterminants dans la décision de mettre en œuvre ce lourd processus. Le Code de procédure permet heureusement qu'une association de consommateurs puisse agir par voie de recours collectif. Certaines limitations s'imposent toutefois lorsqu'il s'agit d'intervenir efficacement par ce biais à l'encontre des clauses abusives. Notamment, on relèvera qu'un tel recours ne pourra être intenté sur la base de l'intérêt collectif des consommateurs, ne serait-ce que parce que le droit québécois ne permet à une association de consommateurs d'intenter un recours collectif que dans la mesure où un de ses membres possède un droit d'action contre le défendeur. Les restrictions mentionnées plus haut, auxquelles s'ajoute la nécessité d'établir le dommage des membres du groupe au bénéfice desquels le recours est entrepris imposent en effet de sérieuses limitations.

Le recours collectif qui permettrait la cessation de l'utilisation d'une clause qu'elle juge abusive en l'absence d'un consommateur lésé par ladite clause n'est donc pas possible. Le recours contre l'ensemble (ou contre plusieurs) des professionnels qui utiliseraient un même type de clause est de plus rendu difficile par cette imposition d'un lien de droit entre le membre de l'organisme et le défendeur visé : le même consommateur risque fort de ne pas être client de tous les commerçants qui utilisent la même clause abusive. Depuis la décision rendue dans l'affaire *Agropur*⁷⁵ par la Cour d'appel du Québec, l'efficacité du recours collectif nous semble en effet limitée, puisque les recours sectoriels sont à toutes fins pratiques interdits. Cette nouvelle exigence met malheureusement un frein à l'effet curatif à large échelle que pourraient avoir les recours collectifs.

L'existence d'un tel recours n'est pourtant pas utopique. La *directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993* (J.O.C.E. n° L.95 du 21 avril 1993) a imposé aux pays membres d'adopter des dispositions visant à permettre « à des organisations ayant[...] un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses », ajoutant que ces recours : « peuvent être dirigés, séparément ou conjointement, contre plusieurs professionnels du même secteur économique ou leurs associations qui utilisent ou recommandent l'utilisation des mêmes clauses contractuelles générales, ou de clauses similaires⁷⁶ »

Ces droits, entrepris dans l'intérêt collectif des consommateurs, peuvent le plus souvent être exercés même de façon préventive, indépendamment de tout préjudice effectivement causé à des consommateurs.

Outre les recours individuels ou les recours collectifs, le droit québécois prévoit un autre recours, que les associations de consommateurs partagent avec le président de l'OPC : il s'agit d'un recours récemment mis en place dans la *Loi sur la protection du consommateur* : l'article 316 de cette loi, introduit en 2010, permet dans certaines circonstances aux organismes voués à la protection des consommateurs de demander une injonction à l'encontre d'un commerçant

⁷⁵ *Bouchard c. Agropur*, [2006] R.J.Q. 2349 (C.A.). Cette décision phare de la Cour d'appel du Québec porte notamment sur le lien de droit que doit avoir le requérant avec le défendeur. Auparavant, il était permis qu'un recours collectif mette en cause plusieurs défendeurs ayant des pratiques illicites similaires, malgré le fait que le requérant n'ait pas de lien de droit avec chacun des défendeurs. Depuis la décision *Agropur*, un consommateur ne peut plus intenter de recours collectif contre un commerçant avec qui il n'a pas conclu un contrat ou qui n'a pas commis de faute à son égard.

⁷⁶ *Directive N° 93/13/CEE du 5 avril 1993* (J.O.C.E. N° L.95 du 21 avril 1993), article 7.

[qui] a inséré ou insère, dans un contrat, une stipulation interdite en vertu de la présente loi ou d'un règlement ou a inséré ou insère une stipulation inapplicable au Québec visée à l'article 19.1 sans respecter les exigences qui sont prévues à cet article⁷⁷». (Les exigences prévues à l'article 19.1 consistent en l'obligation d'indiquer, si une clause interdite est tout de même insérée dans un contrat, son inapplicabilité). On constate à la lecture de cet article qu'il ne s'agit pas ici d'un recours à l'encontre de clauses abusives au sens ou l'entendrait, par exemple, la directive de l'UE, mais d'un recours pouvant être intenté à l'encontre d'un commerçant qui fait usage de stipulations qui sont déjà interdites par la LPC (et que le commerçant peut néanmoins insérer dans ses contrats, à condition de dénoncer leur inapplicabilité). Contrairement à l'action en cessation que nous retrouvons dans les juridictions européennes, qui peut forcer les commerçants à retirer physiquement de leurs contrats les clauses déclarées abusives et leur interdire de récidiver, le recours prévu à la LPC ne permettrait en fait que de faire constater une double infraction (l'utilisation d'une clause interdite et le défaut de dénoncer son inapplicabilité) et n'aurait pour conséquence que d'obtenir un jugement qui imposerait au commerçant d'indiquer que la clause en litige est inapplicable... ce que lui impose déjà la Loi.

On peut douter de l'efficacité de cette mesure; vu sa récente introduction dans la Loi, il pourrait être trop tôt pour se prononcer. Lors des séances de la Commission parlementaire qui précéda l'adoption du projet de loi qui introduisit cette mesure, notre organisme a fait part de son inquiétude sur l'un aspect du recours qui était envisagé à l'époque (et qui se rapprochait de plus près des recours en cessation que l'on retrouve notamment en Europe). Nous mettions en garde contre le fait que:

Le projet de loi ne prévoit pas de mode de financement distinct qui faciliterait pour les organismes de défense des droits des consommateurs l'accès à ce nouveau recours. Vu les ressources limitées dont disposent généralement les associations de consommateurs québécoises, il sera sûrement nécessaire d'étudier les mécanismes de financement qui permettront aux organismes de faire un usage optimal de ce nouveau moyen d'assurer une meilleure protection du consommateur⁷⁸.

À notre connaissance, aucune association n'aurait jusqu'à présent déposé devant les tribunaux une demande d'injonction en vertu de l'article 316 de la LPC.

Autre recours possible en vue de protéger le consommateur : l'État peut, par l'entremise de l'Office de la protection du consommateur (OPC), intenter certains recours, y compris des recours pénaux. Outre la demande d'injonction dont nous parlions plus haut, l'OPC peut intenter une poursuite pénale contre un commerçant qui fait usage de stipulations interdites dans ses contrats⁷⁹. La personne trouvée coupable d'une infraction à la Loi ou à son règlement est passible d'une amende de 300 à 600 \$ s'il s'agit d'une personne physique ou d'une amende de 1000 à 4000 \$ s'il s'agit d'une personne morale. En cas de récidive, le contrevenant est passible d'une amende qui est au minimum, le double des amendes prévues à l'article 279 de la Loi⁸⁰. De surcroît, le tribunal peut ordonner qu'une personne trouvée coupable d'une infraction à la Loi soit contrainte de procéder à la publication des conclusions du jugement qui a été rendu contre elle⁸¹.

⁷⁷ Art. 316 LPC.

⁷⁸ Union des consommateurs, *Mémoire sur le projet de loi no. 60*, le 19 octobre 2010, p. 15.
http://www.consommateur.qc.ca/union-des-consommateurs/doc/protec_conso/UCLoi60091020.pdf
(Page consultée le 25 septembre 2011).

⁷⁹ Art. 277, par. a, LPC.

⁸⁰ Art. 279 LPC.

⁸¹ Art. 288 LPC.

4 Protection contre les clauses abusives au Canada

La common law est le système de droit privé en vigueur dans l'ensemble des provinces et territoires du Canada, sauf au Québec, seule province civiliste. La common law est un système de droit où la jurisprudence tient un rôle central. Au cours des siècles se sont articulées autour de la résolution des litiges de nombreuses règles constituant le cœur de la common law. Bien que ce processus de création jurisprudentiel soit évolutif, le législateur intervient lorsqu'il désire qu'un changement de mœurs, technologique ou politique, soit reflété rapidement dans le droit.

Comme le droit de propriété et le droit civil sont de compétence provinciale, il appartiendra à chacune des provinces, le cas échéant, de légiférer dans ces matières afin d'établir des règles plus précises, ou de codifier, avec ou sans modification, les règles de common law qui s'appliquent par défaut dans chacune de ces provinces.

4.1 CLAUSES ABUSIVES DANS LA COMMON LAW

Il n'existe pas dans la common law de règles particulières concernant les clauses abusives. La common law, sans utiliser cette qualification, a tout de même établi des mécanismes qui permettent d'attaquer des clauses ou des contrats qui établissent un déséquilibre excessif et déraisonnable ou dont l'examen peut laisser croire qu'il n'y a pu avoir de véritable consentement, heurtent de front la théorie classique des contrats et permettent donc de conclure que le contrat ne peut être valide.

Comme règle générale, on retiendra que « la common law canadienne ne sanctionnera l'injustice que si elle revêt à la fois un aspect processuel et un aspect substantiel⁸². » Nous énumérerons ici quelques règles d'application générales de la théorie des contrats (Contract Law) et quelques développements relativement récents en cette matière qui permettent donc de s'attaquer à certaines injustices contractuelles.

A) La rédaction des contrats et interprétation

L'application des règles d'équité en matière contractuelle n'est pas chose neuve en common law. Au-delà de l'hésitation traditionnelle à intervenir dans un accord qui constitue la loi entre les parties et malgré la tâche première en matière d'interprétation des contrats, qui consiste à tenter de déceler l'intention commune des parties, plusieurs principes bien établis font partie intégrante de tout examen des contrats et sont appliqués systématiquement par les tribunaux.

i) *Verba fortius accipiuntur contra proferentem*

Cette règle d'interprétation forcée se retrouve parmi les 25 règles de common law compilées en 1630 par Sir Francis Bacon⁸³. Le texte s'interprète contre son auteur; cette règle bien connue du « *contra proferentem* » est à l'effet que toute ambiguïté du texte contractuel doit être

⁸² Sébastien GRAMMOND, *La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé*, (2010) 51 Cahiers de droit 83-116.

⁸³ Francis BACON, *A Collection of some principall rules and maximes of the common lawes of England with their latitude and extent*. London, 1630.

interprétée en faveur de l'adhérent ou du consommateur – entre deux sens possibles, celui qui favorise l'adhérent devra être favorisé. Cette règle d'interprétation générale qui fut développée dans le droit des assurances⁸⁴ trouve facilement application dans le cas de contrats d'adhésion ou de contrats pré-rédigés, qui ne font pratiquement l'objet d'aucune négociation. La justification de la lecture favorable au consommateur ou à l'adhérent repose sur cette idée que c'est à celui qui a maîtrisé la conception des clauses de subir les conséquences d'une rédaction déficiente. Cette règle, qui consiste à « privilégier sans vergogne les intérêts d'une partie », n'est pas véritablement une règle d'interprétation : elle prévoit que le doute doit, ultimement, se résoudre dans un sens favorable à un contractant désigné par le droit⁸⁵.

ii) **Consensus – ad idem**

Empruntée, comme la précédente, aux principes du droit contractuel de la Rome antique, cette règle réfère tout simplement au consentement, à la rencontre des volontés : les parties comprennent et acceptent les engagements contractuels respectifs – elles sont *ad idem*⁸⁶ lorsque l'entente, selon la compréhension des parties, porte sur le même objet, qu'elle est au même effet. Les parties conviennent, s'entendent ensemble sur la même chose. Il s'agit là d'une exigence de base pour qu'il y ait contrat. En vertu de la théorie traditionnelle du contrat, s'il n'y a pas pareil consensus, il n'y a pas de contrat⁸⁷.

iii) **Non est factum - L'erreur**

La common law reconnaît que l'erreur (*mistake*) peut justifier qu'un juge intervienne afin d'annuler un contrat. La jurisprudence a conjugué les différentes formes d'erreurs possibles⁸⁸ qui permettent l'application de la règle de common law *non est factum*, qui signifie que l'acte n'est pas celui que croyait celui qui invoque cette règle. Ainsi, une partie pourra obtenir l'annulation d'un contrat s'il arrive à démontrer que le contrat a été signé par erreur, sans que la nature ou la portée en soit comprise, mais sans que cette erreur ne résulte de quelque négligence de la part de celui qui l'invoque. Cette doctrine s'apparente au vice de consentement et recevra application dans la mesure que celui qui l'invoque n'a rien à se reprocher (doctrine des mains blanches).

⁸⁴ On retrouve aussi cette règle codifiée au Québec aux articles 1432 C.c.Q. et 17 LPC.

⁸⁵ Didier LUELLES, *Les règles de lecture forcée « contra proferentem » et « contra stipulatorem »* : du rêve à la réalité, (2003) 37 *R.J.T.* 235.

http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol37num3/01_regles_lecture.pdf (Page consultée le 25 septembre 2011).

⁸⁶ D'après certains lexicographes, le terme **consensus** signifiant accord ou consentement de deux ou plusieurs personnes sur quelque chose, *consensus ad idem* serait pléonastique : *consensus* seul suffirait à rendre la notion. Voir : Bureau de la traduction, Travaux publics et services gouvernementaux Canada.

http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/juridi/index-eng.html?lang=eng&lettr=indx_catlog_a&page=268.html (Page consultée le 25 septembre 2011).

⁸⁷ On attribue au juriste allemand Friedrich Carl von Savigny, dans son ouvrage *Le système du droit romain d'aujourd'hui (System des heutigen römischen Rechts*, 8 volumes, 1840-1849), la paternité de cette théorie de la volonté des contrats selon laquelle un contrat n'est pas présumé valide à moins que toutes les parties se soient entendues sur ses termes volontairement, explicitement ou tacitement, et sans contrainte.

⁸⁸ Voir : *Seppanen v. Seppanen*, 59 BCLR 26, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a résumé cette doctrine : « In *common mistake*, both parties make the same mistake. Each knows the intention of the other and accepts it but each is mistaken about some underlying and fundamental fact. In *mutual mistake*, the parties misunderstand each other and are at cross purposes. In *unilateral mistake*, only one of the parties is mistaken. The other knows, or must be taken to know, of his mistake.

Le défaut de lire le contrat avant de le signer ne pourra généralement être invoqué pour plaider l'erreur dans les juridictions de tradition de common law. Le Canada fait toutefois exception, la décision *Tilden Rent-A-Car Co. v. Clendenning* (1978), 83 DLR (3d) 400⁸⁹, rendue par la Cour d'appel d'Ontario et portant sur les contrats standard, ayant établi que la signature d'un tel contrat ne pouvait laisser présumer de la véritable intention de l'adhérent. La Cour insiste sur le fait qu'un processus (en l'espèce, la location d'auto) conçu pour être expéditif ne laisse habituellement pas la chance au contractant de prendre connaissance de l'entièreté des clauses d'un imposant contrat et qu'on ne peut donc assumer qu'il a consenti à chacune d'entre elles.

B) Les clauses onéreuses et l'obligation d'informer

On entend par « clause onéreuse » une disposition qui est désavantageuse pour le contractant (soit le contraire de « clause avantageuse »); le prix en question, soit le désavantage, peut être pécuniaire, mais aussi immatériel. La règle des clauses onéreuses a été développée en matière de contrat d'adhésion et ainsi formulée dans l'arrêt *Tilden*⁹⁰.

Dans le cadre de l'activité commerciale moderne, il est courant de signer des imprimés types sans les lire ou les comprendre. Souvent, les parties qui cherchent à invoquer les stipulations du contrat savent ou devraient savoir que la signature d'une partie au contrat ne reflète pas la véritable intention du signataire, et que celui-ci ignore les dispositions strictes et onéreuses que renferme le formulaire. Dans ces circonstances, je suis d'avis que la partie qui invoque ces stipulations ne peut le faire, à moins d'avoir d'abord pris des mesures raisonnables pour attirer l'attention de l'autre partie sur celles-ci. À défaut de ces mesures raisonnables, la partie qui nie avoir pris connaissance de ces stipulations n'a pas à établir la fraude, l'assertion inexacte ou l'application de la règle non est factum⁹¹.

On se retrouve en face d'une présomption de non-négligence et de non-connaissance en faveur du contractant le plus faible qui n'aurait pas pris connaissance des termes du contrat. Sur la base de cette règle, les tribunaux chercheront à s'assurer que le consentement est réel dans des circonstances où il y a un doute à ce sujet.

Ainsi, lorsqu'un consommateur signe un contrat pré-imprimé que lui présente une grande entreprise sans le lire et sans qu'il y ait possibilité de discussion, la situation présente un risque d'erreur du consommateur quant au contenu du contrat, voire un risque de dol de la part de l'entreprise. Si l'on retrouve, dans ce contrat, une clause nettement défavorable au consommateur, on présumera que celui-ci n'en a pas compris la portée et que son consentement n'était pas éclairé⁹².

⁸⁹ *Tilden Rent-A-Car Co. c. Clendenning* (1978), 83 D.L.R. (3d) 400 (C.A. Ont.); en droit anglais, voir *Interfoto Picture Library Ltd. c. Stiletto Visual Programmes Ltd.*, [1985] 3 All E.R. 513 (C.A.).

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186; *Hoffman c. Sportsman Yachts Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 600 (C.A. Ont.); *1560032 Ontario Ltd. c. Arcuri* (2006), 37 B.L.R. (4th) 233 (C.A. Ont.); *Canadian General Insurance Co. c. Ayre* (2001), 204 Nfld. & P.E.I.R. 76 (C.A.T.-N.); *Karroll c. Silver Star Mountain Resorts Ltd.* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 160 (C.S.); *Mayer v. Big White Ski Resort Ltd.* [1998] B.C.J. No. 2155 (C.A.); *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba* [1990] 3 R.C.S. 191

⁹² Sébastien GRAMMOND, *Les règles abusives sous l'éclairage du droit comparé*, dans *Les Cahiers de Droit*, vol. 51, N° 1 mars 2010, p. 83-116(2010) 51 *Les Cahiers de Droit* 83, p. 10.

C) L'iniquité

Une autre règle fréquemment utilisée dans la common law lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère problématique d'une clause donnée est celle de l'iniquité (unconscionability) – un concept qui est très près de celui de la lésion que l'on retrouve en droit civil.

Comme le mot le laisse entendre, un tribunal pourra déclarer « unconscionable » ce qui heurte la conscience, qui est excessivement injuste ou inéquitable, au point de choquer. Une fois cette iniquité constatée, il y aura présomption d'escroquerie et il reviendra à celui qui défend la validité de la clause ou de la transaction d'établir qu'elle est juste et raisonnable. L'« unconscionability » ne pourra être invoquée que par la partie la plus faible dans une transaction où il existe une forte inégalité de pouvoir de négociation entre les parties.

La doctrine de l'iniquité permet donc à une partie de se soustraire à ses obligations contractuelles lorsque l'opération, dans son ensemble, « diverge suffisamment des normes de la société en matière de moralité commerciale qu'elle doit être rescindée⁹³. » La décision de principe au Canada se retrouve dans l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rendu dans l'affaire *Harry c. Kreutziger*, dans laquelle le juge McIntyre résume ainsi la règle de l'iniquité :

Where a claim is made that a bargain is unconscionable, it must be shown for success that there was inequality in the position of the parties due to the ignorance, need or distress of the weaker, which would leave him in the power of the stronger, coupled with proof of substantial unfairness in the bargain. When this has been shown a presumption of fraud is raised and the stronger must show, in order to preserve his bargain, that it was fair and reasonable⁹⁴.

On constate donc que le test doit porter d'une part sur le processus : il y a inégalité, l'une des parties étant en position d'infériorité, et, d'autre part, il y a une iniquité substantielle, soit une disproportion dans les obligations respectives qui désavantage ce cocontractant qui est en position de faiblesse⁹⁵. Si la Cour suprême n'a jamais donné de définition précise du concept d'iniquité, le juge LeBel, dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Miglin c. Miglin*⁹⁶, a écrit ce qui suit au sujet de l'iniquité, soulignant « l'exigence de la preuve d'une injustice à deux volets⁹⁷ » :

⁹³ Charles GONTHIER, *Les Chartes – nos rôles et défis -- Valeurs, droit et éthique*, XVIIe Conférence des juristes de l'État, p. 99.

⁹⁴ *Harry c. Kreutziger* (1979), 95 D.L.R. (3d) 231 (C.A.C.-B.); une autre décision souvent citée est *Morrison c. Coast Finance Ltd. and Vancouver Associated Car Markets Ltd.* (1966), 54 W.W.R. 257 (C.A.C.-B.).

⁹⁵ On pourra mettre en parallèle cette définition et la portée de l'article 1437 C.c.Q., telle qu'expliquée par le juge Beaudoin dans la décision *Kabakian* : « le contrat ne doit pas devenir un instrument d'exploitation du plus fort pour le plus faible. »

⁹⁶ *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, au par. 208 (j. LeBel, dissident); *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 461, au par. 82. Dans cette affaire qui, en matière de divorce, portait sur un accord préexistant, que l'une des parties tentait d'écarter, la majorité conclut que : « Le tribunal ne devrait faire abstraction des désirs exprimés par les parties dans un accord préexistant que si le requérant démontre que l'accord n'est pas conforme, pour l'essentiel, aux objectifs généraux de la Loi. Nous avons vu qu'ils comprennent non seulement ceux de l'art. 15.2, mais également les objectifs de la certitude, du règlement définitif et de l'autonomie. » Le juge LeBel, pour les dissidents, estimait pour sa part que la règle d'« unconscionability » pouvait recevoir en l'espèce application.

⁹⁷ Sébastien Grammond, *La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé*, (2010) 51 *Cahiers de droit* 83-116.

Suivant le modèle contractuel privé, on ne peut écarter les contrats que s'ils sont abusifs en ce qu'ils choquent la conscience du tribunal. Pour qu'un contrat soit jugé tel, il faut retrouver à la fois une forte inégalité de pouvoir de négociation entre les parties, dont tire profit la partie en position de force qui exploite la partie plus faible, et une grave iniquité ou imprévoyance dans les dispositions de l'accord (voir Bala et Chapman, loc. cit., p. 1-7 et 1-8; Mundinger c. Mundinger (1968), 3 D.L.R. (3d) 338 (C.A. Ont.), conf. par (1970), 14 D.L.R. (3d) 256n (C.S.C.)). La rigueur du critère du caractère abusif reflète fortement une présomption que les individus agissent dans leur intérêt, de manière rationnelle et autonome, lors de la conclusion d'ententes privées. La non-exécution de l'entente des parties ne peut se justifier que si l'inégalité du pouvoir de négociation a faussé la transaction à tel point que cette présomption s'en trouve réfutée⁹⁸.

Le juge s'intéressera donc à l'injustice contractuelle dans l'éventualité où il est possible de confirmer par ce biais qu'il y a eu vice de consentement dû à une disparité de pouvoir lors des négociations entre les parties.

Plusieurs théoriciens du droit des contrats considèrent que la manière dont la règle de l'iniquité est habituellement décrite par les tribunaux peut s'expliquer par l'impossibilité pratique de prouver un vice de consentement dans de nombreux cas. Les tribunaux se satisfont alors de la preuve d'un simple risque de vice processuel — par exemple, l'inégalité du pouvoir de négociation des parties — et considèrent l'injustice substantielle comme une démonstration de la réalisation de ce risque dans le cas à l'étude⁹⁹.

De cette analyse nous pouvons conclure que l'intervention des tribunaux sera justifiée si, lors de la conclusion du contrat, la partie la plus faible n'a pas agi « dans son intérêt, de façon rationnelle et autonome¹⁰⁰. »

D) L'inégalité du pouvoir de négociation

L'existence d'une possible inégalité du pouvoir de négociation des parties à une transaction s'attaque au fondement classique du contrat, qui s'appuie sur la prémisse que les cocontractants sont tous deux des personnes également autonomes qui se rencontrent à forces égales pour une entente de gré à gré.

L'inégalité du pouvoir de négociation n'est pas en soi une défense ou un moyen d'obtenir réparation ; il s'agit plutôt d'un concept accepté par les tribunaux et utilisé comme fil conducteur en vue d'unifier certaines défenses de common law normalement séparées et utilisées de manière indépendante les unes des autres, mais qui reposent toutes sur une même situation de fait.

Lord Denning de la Cour d'appel britannique écrivait en 1974 dans la cause *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*:

⁹⁸ Voir, par exemple *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, pp. 247-250; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 426, pp. 462-464; *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303; *Rick c. Brandsema*, 2009 CSC 10, au par. 42. On remarquera que le juge LeBel met sur un même pied l'iniquité et l'imprévoyance comme manifestation de l'exploitation.

⁹⁹ Sébastien GRAMMOND, *La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé*, (2010) 51 Cahiers de droit, pp. 83-116.

¹⁰⁰ Grammond, *Op. cit.*, p. 10.

I would suggest that through all these instances there runs a single thread. They rest on "inequality of bargaining power." By virtue of it, the English law gives relief to one who, without independent advice, enters into a contract upon terms which are very unfair or transfers property for a consideration which is grossly inadequate, when his bargaining power is grievously impaired by reason of his own needs or desires, or by his own ignorance or infirmity, coupled with undue influences or pressures brought to bear on him by or for the benefit of the other¹⁰¹.

Comme l'a dit le Juge Sopinka dans la Cause *Norberg c. Wynrib*, ce concept, qui démontre l'aspect évolutif de la common law, n'est pas encore pleinement défini dans le droit canadien :

Il existe une différence fondamentale entre la question du consentement en matière de responsabilité délictuelle et le principe de l'iniquité. Il ressort de façon prépondérante de la doctrine et de la jurisprudence que le principe de l'iniquité s'applique pour annuler des opérations même s'il a pu y avoir consentement ou entente à l'égard des modalités du marché. Ce n'est pas que ce principe vicie le consentement, mais plutôt que l'équité exige que l'opération soit annulée nonobstant le consentement. Le principe de l'iniquité et le principe connexe de l'inégalité du pouvoir de négociation continuent d'évoluer et ne constituent pas encore un domaine du droit des contrats entièrement établi¹⁰².

On retiendra que ces règles de la Common Law qui permettent de remettre en question un contrat ou ses dispositions ne s'appliquent pas lorsqu'aucune injustice procédurale n'a été commise. Même si l'une des parties est particulièrement vulnérable, la common law ne permet pas l'intervention du tribunal si le cocontractant, malgré sa position dominante, a agi de bonne foi. C'est pour cela que, par exemple, même la qualification d'un acte d'« unconscionable » n'entraîne pas une présomption irréfutable.

Ainsi dans la cause *Hart v O'Connor*, la Cour écrit :

... De l'avis de Leurs Seigneuries, la validité d'un contrat conclu par un fou qui apparaît sain d'esprit doit être jugé selon les mêmes normes qu'un contrat conclu par une personne saine d'esprit, et il n'est annulable par le fou ou ses représentants en raison de "l'injustice" que dans la mesure où cette injustice est de la nature de la fraude d'équité qui aurait permis à la partie plaignante d'annuler le contrat même si elle avait été saine d'esprit¹⁰³. (Notre traduction)

Aussi évolutive soit-elle, la common law n'a pas été en mesure de se développer assez rapidement pour répondre à la nouvelle réalité contractuelle qu'entraîne la multiplication des contrats d'adhésion. Le Juge Reid, dans la cause *Suisse Atlantique*, exposait déjà en ces termes en 1967 sa frustration vis-à-vis l'état du droit contractuel dans la common law et la fiction qu'en venue à représenter la soi-disant liberté contractuelle:

¹⁰¹ [1974] 3 All E.R. 757 (C.A.)

¹⁰² *Norberg c. Wynrib* [1992] 2 R.C.S. 226

¹⁰³ *Hart v O'Connor* [1985] AC 1000 (PC) « ... in the opinion of their Lordships, the validity of a contract entered into by a lunatic who is ostensibly sane is to be judged by the same standards as a contract by a person of sound mind, and is not voidable by the lunatic or his representatives by reason of "unfairness" unless such unfairness amounts to equitable fraud which would have enabled the complaining party to avoid the contract even if he had been sane ».

In the ordinary way the customer has no time to read [the contracts], and if he did read them he would probably not understand them. And if he did understand and object to any of them, he would generally be told he could take it or leave it. And if he then went to another supplier the result would be the same. Freedom to contract must surely imply some choice or room for bargaining¹⁰⁴.

Ces lacunes ont obligé les législateurs, dans les juridictions de common law, à réglementer les clauses abusives et à faire en sorte qu'il soit permis, à tout le moins lorsqu'il s'agit de contrats d'adhésion, de faire réévaluer la validité de ces clauses hors du carcan qu'imposent les règles jurisprudentielles.

4.2 DROIT STATUTAIRE DANS LES PROVINCES DE COMMON LAW

Le ministère de la Justice du Canada décrit la common law comme étant le droit non écrit, de source jurisprudentielle, par opposition aux règles de droit statutaire (appelé *statute law* dans les juridictions de common law) qui découlent de sources législatives¹⁰⁵.

«La règle de l'interprétation stricte des lois dérogatoires au droit commun renvoie à l'opposition common law et statute law. Historiquement, la common law a été le droit commun et la statute law, le droit d'exception [...]»¹⁰⁶.

Vu les limites des règles de common law en ce qui a trait à une intervention efficace à l'encontre des clauses abusives, toutes les provinces canadiennes de tradition de common law ont adopté une ou des lois qui visent à protéger les consommateurs contre les iniquités contractuelles. Par exemple, en s'appuyant sur le principe de common law d'«unconscionability», la majorité des provinces, hormis le Québec, disposent d'une loi intitulée *Unconscionable Transactions Relief Act*¹⁰⁷. Cette loi permet au tribunal d'intervenir dans les contrats de prêts d'argent s'il s'avère que le coût d'emprunt est excessif et que les obligations qui découlent de l'opération sont exorbitantes. Il s'agit là de réglementation de clauses contractuelles qui pourraient avoir des résultats abusifs pour les consommateurs. Certaines lois de protection de consommateur contiennent des dispositions qui visent les clauses des contrats de consommation dont l'usage constituerait une pratique abusive ou déloyale. Faisons un survol rapide de ces lois¹⁰⁸.

¹⁰⁴ *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 AC 361, 406 :

¹⁰⁵ Ministère de la Justice du Canada, *Le bijuridisme au Canada et dans le monde : Quelques considérations*, à la p. 5. <http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/hlf-hfl/f2-b2/bf2.pdf> (Page consultée le 25 septembre 2011)

¹⁰⁶ P.-A. COTE, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1999, p. 644.

¹⁰⁷ Par exemple: *Unconscionable Transactions Relief Act*, R.S.S 1978, c U-1 en Saskatchewan; *Unconscionable Transactions Relief Act*, R.S.N.S 1989, c 481 en Nouvelle-Écosse; *Unconscionable Transactions Relief Act*, C.C.S.M c U20 au Manitoba ; *Unconscionable Transactions Relief Act*, R.S.O 1990, c U.2 en Ontario ; *Unconscionable Transactions Relief Act*, R.S.N.B 2011, c 233 au Nouveau-Brunswick et enfin la *Unconscionable Transactions Relief Act*, R.S.P.E.I 1988, c U-2 de la province de l'Île du Prince Edward.

¹⁰⁸ Afin de démontrer les variantes dans l'encadrement des clauses abusives d'une province à l'autre, nous avons choisi d'analyser les dispositions législatives de l'Ontario, de l'Alberta, de la Colombie-Britannique et de la Saskatchewan. Selon nous, les lois de ces quatre provinces reflètent adéquatement l'approche favorisée dans les autres provinces de *common law* au Canada.

A) L'Ontario

En Ontario plusieurs lois protègent le consommateur dans ses transactions, et ce dans les domaines les plus variés¹⁰⁹. La *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*¹¹⁰, entrée en vigueur le 30 juillet 2005, réunit et actualise six lois de protection du consommateur.

En vertu de l'article 2 de la Loi, cette dernière s'applique « à toute opération de consommation si le consommateur ou la personne qui la mène avec lui se trouve en Ontario lorsqu'elle a lieu », l'«opération de consommation» étant un «Acte consistant à exercer une activité ou à faire affaire avec un consommateur, y compris une convention de consommation.» (Art.1) («convention de consommation» Convention que le fournisseur conclut avec le consommateur selon laquelle il convient de fournir des marchandises ou des services moyennant paiement.» (art. 1))

Au titre des abus sur lesquels intervient la Loi, on retrouve aux articles 14 et suivants la prohibition d'utiliser des pratiques déloyales, dont « l'assertion abusive¹¹¹ » (*unconscionable representation*), puis les éléments que le tribunal pourra notamment considérer pour déterminer si une assertion donnée est abusive.

15. (1) Constitue une pratique déloyale le fait de faire une assertion abusive.

(2) Pour établir le caractère abusif d'une assertion, il peut être tenu compte notamment du fait que la personne qui la fait, son employeur ou son mandant sait ou devrait savoir :

¹⁰⁹ Lois relatives à la protection du consommateur :

Loi Arthur Wishart de 2000 sur la divulgation relative aux franchises, L.O. 2000, chap. 3 ; *Loi sur le contrôle des sports*, L.R.O. 1990, chap. A.34 ; *Loi sur les huissiers*, L.R.O. 1990, chap. B.2 ; *Loi sur les cimetières (révisée)*, L.R.O. 1990, chap. C.4 ; *Loi sur les agences de recouvrement*, L.R.O. 1990, chap. C.14 ; *Loi de 1998 sur les condominiums*, L.O. 1998, chap. 19 ; *Loi sur les renseignements concernant le consommateur*, L.R.O. 1990, chap. C.33 ; *Loi sur les agents de recouvrement*, L.R.O. 1990, chap. D.4 ; *Loi sur les pratiques de commerce discriminatoires*, L.R.O. 1990, chap. D.12 ; *Loi de 1998 sur l'électricité*, L.O. 1998, chap. 15, Annexe A, Partie VIII ; *Loi de 2005 sur le classement des films*, L.O. 2005, chap. 17 ; *Loi de 2002 sur services funéraires et les services d'enterrement et de crémation*, L.O. 2002, chap. 33 ; *Loi sur les directeurs de services funéraires et les établissements funéraires*, L.R.O. 1990, chap. F.36 ; *Loi de 1992 sur la réglementation des jeux*, L.O. 1992, chap. 24 ; *Loi de 2001 sur la sécurité des cavaliers*, L.O. 2001, chap. 4 ; *Loi sur les permis d'alcool*, L.R.O. 1990, chap. L.19 ; *Loi sur les commerçants de véhicules automobiles*, L.R.O. 1990, chap. M.42 ; *Loi de 2002 sur le commerce des véhicules automobiles*, L.O. 2002, chap. 30, Annexe B ; *Loi sur le Régime de garanties des logements neufs de l'Ontario*, L.R.O. 1990, chap. O.31 ; *Loi sur les distributeurs de livres brochés et de périodiques*, L.R.O. 1990, chap. P.1 ; *Loi de 2000 sur la Commission des courses de chevaux*, L.O. 2000, chap. 20 ; *Loi de 2002 sur le courtage commercial et immobilier*, L.O. 2002, chap. 30, Annexe C ; *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1990, chap. R.30 ; *Loi de 2002 sur le secteur du voyage*, L.O. 2002, chap. 30, Annexe D ; *Loi de 2000 sur le contenu et l'étiquetage du vin*, L.O. 2000, chap. 26, Annexe P
http://www.sse.gov.on.ca/mcs/fr/Pages/Consumer_Protection_Legislation.aspx (Page consultée le 25 septembre 2011)

¹¹⁰ *Loi de 2002 sur la Protection du consommateur*, L.O. 2002, c. 30, ann. A.

¹¹¹ L'article 1 de la *Loi de 2002 sur la Protection du consommateur* définit comme suit le terme «assertion» : *Assertion, affirmation, déclaration, offre, demande ou proposition qui est ou se présente comme étant faite :*

a) soit au sujet ou en vue de la fourniture de marchandises ou de services aux consommateurs;
b) soit afin de recevoir un paiement pour des marchandises ou des services fournis ou présentés comme étant fournis aux consommateurs. («representation»).

- a) soit que le consommateur n'est pas raisonnablement en mesure de protéger ses intérêts du fait d'une invalidité, de son ignorance, de son analphabétisme, de son inaptitude à comprendre le libellé d'une convention ou de raisons semblables;
- b) soit que le prix est outrageusement supérieur à celui qui est payé pour des marchandises ou des services semblables par des consommateurs semblables qui peuvent facilement les obtenir;
- c) soit que le consommateur est incapable de retirer un avantage important de l'objet de l'assertion;
- d) soit qu'il est raisonnablement improbable que le consommateur s'acquitte pleinement de son obligation;
- e) soit que l'opération de consommation procure un avantage excessif à une personne autre que le consommateur;
- f) soit que les conditions de l'opération de consommation sont si contraires aux intérêts du consommateur qu'elles sont injustes;
- g) soit qu'une opinion émise est trompeuse et que le consommateur est susceptible d'y ajouter foi, à son préjudice;
- h) soit que le consommateur est soumis à une pression indue pour lui faire conclure une opération de consommation.

On notera que la présence de l'un ou plusieurs des éléments listés ne suffira pas en soi à amener le tribunal à conclure qu'une assertion est abusive, puisque le texte précise que c'est de la connaissance, par la personne qui fait telle assertion, de l'existence ou de la présence de ces éléments (à moins d'ignorance fautive) que le tribunal doit tenir compte. On retiendra toutefois l'utilisation du mot « notamment », qui indique que le tribunal pourra prendre en considération d'autres éléments. On notera en outre que la liste des considérations proposées par le texte de loi mêle les éléments objectifs et les éléments subjectifs.

Il est important de noter qu'il n'est pas ici question de clauses contractuelles mais bien de représentations faites par le commerçant (la version anglaise se lit d'ailleurs « unconscionable representation »). Cette disposition ne s'applique donc pas aux clauses d'un contrat, mais plutôt aux représentations faites avant ou durant la conclusion du contrat de consommation. Elle ne vise que le processus, pas le contenu du contrat.

Certaines lois, qui ne s'appliquent pas spécifiquement aux consommateurs, protègent contre l'iniquité contractuelle. Par exemple, la *Loi sur la Réduction des opérations exorbitantes*¹¹² permet la réouverture par le tribunal d'un contrat en matière de prêt d'argent. En vertu de l'article 2 de cette loi, le tribunal pourra déterminer que « que le coût de l'emprunt d'argent, compte tenu du risque et de toutes les circonstances, est excessif et que l'opération est oppressive et exorbitante » (*harsh and unconscionable*).

¹¹² *Loi sur la Réduction des opérations exorbitantes*, L.R.O. 1990, c. U.2.

Si c'est la conclusion à laquelle il arrive, le tribunal pourra :

rouvrir l'opération

a) *rouvrir l'opération et établir le compte entre le créancier et le débiteur;*
rouvrir un compte

b) *malgré tout état de compte, règlement ou accord qui prétend mettre fin à des rapports antérieurs et créer une nouvelle obligation, rouvrir le compte déjà établi et relever le débiteur du paiement de tout excédent sur la somme reconnue par le tribunal comme étant exigible, en toute équité, à titre de principal et de coût de l'emprunt;*

ordonner le remboursement de l'excédent

c) *si cet excédent a été payé ou admis à son compte par le débiteur, ordonner son remboursement par le créancier;*

annuler ou réformer des contrats

d) *annuler en totalité ou en partie, réviser ou modifier toute sûreté constituée ou tout accord conclu relativement au prêt d'argent et si le créancier s'est départi de la sûreté, lui ordonner d'indemniser le débiteur¹¹³.*

B) La Colombie-Britannique

En Colombie-Britannique, la principale loi qui s'occupe de protection du consommateur est le *Business Practices and Consumer Protection Act* (ci-après *B.P.C.P.A.*)¹¹⁴. La partie 2 de cette loi, qui porte sur les pratiques déloyales (*unfair practices*), s'applique aux clauses abusives dans les « transactions de consommation », soit notamment « la fourniture de biens ou de services ou de propriété immobilière par un fournisseur à un consommateur pour des fins personnelles, familiales ou domestiques » (art.1).

L'article 4, qui se retrouve à la partie II de la Loi intitulée, *Unfair practices*, définit ce qu'est un « *deceptive act or practice* » ainsi qu'une « *representation* ». Cet article est à l'effet que :

4 (1) *In this Division:*

"deceptive act or practice" means, in relation to a consumer transaction,

(a) *an oral, written, visual, descriptive or other representation by a supplier, or*
(b) *any conduct by a supplier that has the capability, tendency or effect of deceiving or misleading a consumer or guarantor;*

"representation" includes any term or form of a contract, notice or other document used or relied on by a supplier in connection with a consumer transaction.

Contrairement à la loi ontarienne, la B.P.C.P.A s'applique tant aux représentations orales, telles les déclarations du vendeur, qu'aux autres représentations visuelles, telles la publicité et aux termes mêmes du contrat lui-même.

¹¹³ *Loi sur la Réduction des opérations exorbitantes* Id, art. 2.

¹¹⁴ *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2.

L'article 8 incorpore dans un texte de loi la notion d'iniquité tirée de la common law, et établit une liste non exhaustive des circonstances que le tribunal pourra considérer pour déterminer le caractère inéquitable d'un acte ou d'une pratique, une liste qui mêle les considérations objectives et les considérations subjectives :

8 (1) An unconscionable act or practice by a supplier may occur before, during or after the consumer transaction.

(2) In determining whether an act or practice is unconscionable, a court must consider all of the surrounding circumstances of which the supplier knew or ought to have known.

(3) Without limiting subsection (2), the circumstances that the court must consider include the following:

(a) that the supplier subjected the consumer or guarantor to undue pressure to enter into the consumer transaction;

(b) that the supplier took advantage of the consumer or guarantor's inability or incapacity to reasonably protect his or her own interest because of the consumer or guarantor's physical or mental infirmity, ignorance, illiteracy, age or inability to understand the character, nature or language of the consumer transaction, or any other matter related to the transaction;

(c) that, at the time the consumer transaction was entered into, the total price grossly exceeded the total price at which similar subjects of similar consumer transactions were readily obtainable by similar consumers;

(d) that, at the time the consumer transaction was entered into, there was no reasonable probability of full payment of the total price by the consumer;

(e) that the terms or conditions on, or subject to, which the consumer entered into the consumer transaction were so harsh or adverse to the consumer as to be inequitable;

(f) a prescribed circumstance.

(nos soulignés)

L'article 10 prévoit que le consommateur qui est ou a été victime d'une telle pratique ne sera pas lié par la transaction. (Des réparations plus limitées et plus détaillées sont prévues en ce qui concerne les prêts hypothécaires¹¹⁵)

Tout comme la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec, cette loi régleme par ailleurs spécifiquement et nommément un certain nombre de contrats qui ont fait l'objet de problème pour les consommateurs dans le passé. Ainsi sont réglementés les contrats qui portent sur : la vente directe (*direct sales*; hors l'établissement commercial permanent du

¹¹⁵ *(a) reopen the transaction and take an account between the supplier and the consumer or guarantor;*

(b) despite any statement or settlement of account or any agreement purporting to close previous dealings and create a new obligation, reopen any account already taken and relieve the consumer from any obligation to pay the total cost of credit at a rate in excess of the prevailing prime rate;

(c) order the supplier to repay any excess that has been paid or allowed by the consumer or guarantor;

(d) set aside all or part of, or alter, any agreement made or security given in respect of the transaction and, if the supplier has parted with the security, order the supplier, to indemnify the consumer;

(e) suspend the rights and obligations of the parties to the transaction.

Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, art 10.

commerçant), les services à exécution reportée (*future performance*), le « temps partagé » (*time sharing*), les différents services funéraires et la vente à distance.

D'autres lois d'application générale veillent aussi à réglementer les clauses abusives. Ainsi le *Sale of Goods Act*¹¹⁶ impose aux contrats de vente des garanties implicites et limite l'utilisation des clauses qui visent à limiter ou à diminuer la portée de ces garanties.

Le *Law and Equity Act*¹¹⁷ réglemente certaines clauses pénales et de déchéances ainsi que certaines clauses spécifiques aux contrats hypothécaires. Selon la commission de réformes du droit de la Colombie-Britannique, cette loi ne fait par ailleurs que reprendre et codifier des règles connues issues de la common law¹¹⁸.

C) L'Alberta

Les dispositions albertaines que nous retrouvons au *Fair Trading Act*, prohibent l'utilisation de pratiques abusives ou déloyales¹¹⁹. De manière plus spécifique, la loi prévoit que constitue une pratique abusive : « *to include in a consumer transaction terms or conditions that are harsh, oppressive or excessively one-sided*¹²⁰. »

C'est dans les remèdes dont dispose le consommateur que la loi albertaine se démarque particulièrement des autres lois canadiennes.

Dans l'éventualité où il serait partie à un contrat de consommation dans lequel le commerçant fait usage d'une clause qui aurait été reconnue « *harsh, oppressive or excessively one-sided* », le consommateur à qui le commerçant aurait imposé cette même pratique dispose d'une première mesure lui permettant de mettre fin au contrat : il lui suffit de faire parvenir un avis au commerçant, dans l'année qui suit sa prise de connaissance de la pratique abusive dont il a été victime – le contrat sera résilié sans frais et sans pénalité. Le second alinea de l'article 7 se lit comme suit :

*Where a supplier has been found to have engaged in an unfair practice, any consumer who entered into a consumer transaction that was subject to the unfair practice with the supplier who engaged in the unfair practice may cancel the consumer transaction at no cost or penalty to the consumer*¹²¹.

C'est donc le jugement obtenu par un tiers qui autorise le consommateur à résilier de plein droit son contrat suite à des pratiques abusives. Les pratiques en question pourront être celles qui ont été utilisées avant, pendant ou après la conclusion du contrat.

Le *Fair Trading Act* protège encore davantage les consommateurs en prévoyant que l'exercice par le consommateur du droit que lui confère cette disposition entraîne, en premier lieu, la résiliation du contrat lui-même, comme s'il n'avait pas existé, mais entraîne également la

¹¹⁶ *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1996, c. 410

¹¹⁷ *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253

¹¹⁸ British Columbia Law Institute, *Unfair Contract Terms: An Interim Report*, BCLI Report N° 35 February 2005.

¹¹⁹ Art. 6, par. 1.1, *Fair Trading Act*, R.S.A 2000 c. F-2.

¹²⁰ *Ibid*, art. 6(3)c).

¹²¹ Art. 7.1, *Fair Trade Act*, R.S.A 2000, c. F-2.

résiliation, entre autres, de tout contrat accessoire, y compris le contrat de crédit, consenti dans le cadre du contrat principal¹²². Le consommateur qui décide de résilier un contrat par ce biais a également droit à la restitution de toute somme qu'il a payée en vertu de ce contrat¹²³.

Si le commerçant refuse de résilier le contrat sur réception de l'avis que lui aura expédié le consommateur, ce dernier pourra tenter un recours civil devant le *Court of Queen's Bench*¹²⁴. Outre la possibilité pour le tribunal d'octroyer des dommages punitifs et exemplaires¹²⁵, la loi prévoit également que toute autre personne qui participe à la commission d'une pratique abusive partage une responsabilité conjointe et solidaire avec le commerçant qui a conclu avec le consommateur le contrat contenant les dispositions problématiques¹²⁶. La Cour pourra émettre une injonction à l'égard du commerçant lui ordonnant de cesser l'utilisation de telle clause, ou rendre toute autre ordonnance qu'elle juge appropriée¹²⁷.

En outre, si l'intérêt public le commande, l'organisme gouvernemental chargé de la protection du consommateur peut également entamer les mêmes recours que ceux dont dispose le consommateur en vertu de l'article 13¹²⁸. Il peut également mener à terme un recours qui aurait été entrepris par un consommateur¹²⁹.

Enfin, le *Fair Trading Act* permet à un organisme de défense des droits des consommateurs ou à un groupe de consommateurs de « commence and maintain an action in the Court of Queen's Bench against a supplier or any principal, director, manager, employee or agent of a supplier who is engaging in or has engaged in an unfair practice¹³⁰. » La Court of Queen's Bench pourra déclarer abusive la clause ou la pratique en litige et émettre une injonction ordonnant au commerçant de cesser ladite pratique abusive.

Notons par ailleurs, que la loi précise que l'organisme de défense des droits des consommateurs qui désire ester en justice n'a pas à démontrer un intérêt pour agir autre que celui que lui confère le *Fair Trading Act*; il n'aura pas non plus à établir qu'il aurait été touché directement par la pratique abusive en litige¹³¹.

Dans la section antérieure portant sur les recours en droit québécois, nous rapportons nos préoccupations quant aux ressources dont disposent les associations de consommateurs, dont la rareté pourrait suffire à les dissuader, en l'absence de financement lié à ce recours ou de toute possibilité d'être dédommagés, par le biais de dommages pour atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs, par exemple, de faire usage du recours en injonction à l'encontre d'un commerçant. Malgré l'efficacité que pouvait avoir le recours des associations de consommateurs en Alberta, le fait que la loi prévoit qu'un organisme de défense des droits des consommateurs qui déposerait un tel recours pourrait se voir imposer le dépôt d'une caution à titre de provision des frais qui peuvent résulter de cette demande en justice¹³², suffit à faire fondre toute velléité d'utiliser ce recours.

¹²² *Ibid*, art. 7(4).

¹²³ *Ibid*, art. 7(4)c) et d) et 7(3).

¹²⁴ *Ibid*, arts. 7.1(5). Et 13.

¹²⁵ *Ibid*, art. 7.2(1).

¹²⁶ *Ibid*, art.7.3.

¹²⁷ *Ibid*, art. 13.

¹²⁸ *Ibid*, art. 14.

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ *Ibid*, art. 17.

¹³¹ *Ibid*, art. 17(3)

¹³² *Ibid*, art. 17(4).

D) La Saskatchewan

Comme celui des autres provinces de *common law*, le *Consumer Protection Act* de la Saskatchewan, reprenant les principes de *Common Law*, prévoit que :

5 It is an unfair practice for a supplier, in a transaction or proposed transaction involving goods or services, to:

(a) do or say anything, or fail to do or say anything, if as a result a consumer might reasonably be deceived or misled;

(b) make a false claim;

(c) take advantage of a consumer if the person knows or should reasonably be expected to know that the consumer:

(i) is not in a position to protect his or her own interests; or

(ii) is not reasonably able to understand the nature of the transaction or proposed transaction; [...]¹³³.

Quant aux clauses contractuelles, la loi prévoit que constitue une pratique déloyale ou abusive « (q) taking advantage of a consumer by including in a consumer agreement terms or conditions that are harsh, oppressive or excessively one-sided¹³⁴. »

Cette formulation est fort similaire à ce que nous retrouvons dans la loi albertaine et en Ontario. Le consommateur lésé par l'usage d'une pratique abusive ou déloyale (qui comprend donc le fait d'insérer au contrat une clause abusive) dispose d'un recours civil prévu à l'article 14 de la loi. Ce recours peut avoir comme résultat une ordonnance enjoignant notamment au commerçant de restituer toute somme payée par le consommateur, l'octroi de dommages, y compris des dommages punitifs et exemplaires, ou l'émission d'une injonction à l'encontre du commerçant.

Ici aussi, le « *director for consumers* », l'organisme chargé de l'application de la loi, peut intenter les mêmes recours que le consommateur, s'il est d'avis qu'une telle action serait dans l'intérêt public. Il pourra également poursuivre une action déposée initialement par un consommateur¹³⁵. On retrouve dans la loi saskatchewannaise certains éléments que nous retrouvons dans la loi albertaine, quoique moins élaborés ici et n'offrant pas une protection aussi étanche.

¹³³ Art. 5, *Consumer Protection Act*, S.S. 1996, c. C-30.1.

¹³⁴ *Ibid*, art. 6, par.q.

¹³⁵ *Ibid*, art. 15.

5 Protection contre les clauses abusives au plan international

On retrouve au plan international les deux traditions que nous retrouvons au Canada, soit la tradition civiliste et la common law. Contrairement aux pays de tradition civiliste, où le droit repose sur des textes de loi, et qui, aussi inspirés que leurs textes puissent être par les législations d'autres pays civilistes, n'appliquent que le droit national, les pays de common law se partagent le grand corpus des règles et des principes qui ont été développés au fil des siècles par les décisions des tribunaux britanniques puis importés dans les colonies britanniques à travers le monde, ces pays nourrissant à leur tour le creuset collectif.

C'est donc dire que les principes de common law que nous avons étudiés plus haut trouvent tous application dans les pays dont le système de droit suit cette tradition. Nous ne reviendrons pas ici en détail sur ces différents moyens de se pourvoir contre les clauses problématiques.

5.1 PAYS DE COMMON LAW

A) L'Australie

L'Australie (officiellement Commonwealth d'Australie) est une fédération de 6 États et de plusieurs territoires. Son système de droit est la common law et les défenses précédemment soulignées pour contrer les injustices contractuelles y trouvent donc application, et ce, dans tous les types de contrats.

Le gouvernement avait envisagé en 2008 l'adoption d'une disposition générale à l'encontre de l'*unconscionability*. Le rapport de la *Productivity Commission*, malgré les avantages qu'elle pouvait voir à cette interdiction, a plutôt proposé de reporter à plus tard une telle initiative :

The prohibition of unconscionability in the generic legislation represents a general prohibition of unfairness, but usually only for unfairness that crosses a high threshold of severity. Other Australian provisions relating to unfair conduct only deal with specific instances of unfair practices, such as deceptive conduct. As a result, there is no broad prohibition on unfair practices by business in Australia, unlike the USA, which bars unfair or deceptive acts and practices, or Europe, which applies an Unfair Commercial Practices Directive. Several participants suggested the adoption of a similar provision in Australia (Queensland Government, sub. 87, pp. 52ff; Luke Nottage, sub. DR114, p. 7; and the Consumer Action Law Centre, sub. DR241, p. 6), while Frank Zumbo suggested the introduction of a general standalone duty of good faith (sub. DR217, pp. 4ff).

Conceptually, a broad provision against unfairness is attractive because it can avoid prescription of specific types of unfairness and, in theory, does not need to be continually adapted as new commercial expressions of unfairness are discovered. For example, the USA has used its general provisions to bar emerging threats, such as spyware and unauthorised telephone billing.

However, in practice, the application of the US provisions — the most mature broad law against unfairness — has periodically raised major concerns, due to changing interpretations of unfairness.

[...]

In that context, introducing a general provision against unfairness might be more conceptually neat than practically useful for consumers. Nevertheless, the Commission agrees with the ACCC (sub. 80, p. 72) that it would be prudent for Australian policymakers to see how the European model develops, and only to consider the option of pursuing a general unfair practices provision at a later time if warranted by strong evidence in its favour¹³⁶.

Se penchant ensuite sur une demande faite principalement par les groupes de consommateurs de réglementer les clauses abusives, la Commission, avant d'émettre sa recommandation (*Recommendation 7.1*) à ce sujet, explique:

The Commission accepts that there is a rationale for addressing unfair contract terms. The strongest argument for doing so is ethically based — and is merely the extension of existing ethical principles about fairness in contracts, to cover substantive terms that appear to be manifestly unfair in most circumstances.

There is a conventional economic rationale too, but it is more complicated and depends on the nature of risk appraisal by consumers and the difficulties that 'good' firms have in signalling that they will act in good faith with their customers compared with 'bad' firms.

There are also counter-arguments against a blanket ban of apparently unfair terms based on understanding why these terms are so prolific across all types of contracts, including in competitive industries [...] One explanation is that 'one-sided' contracts can actually be beneficial to consumers as a whole by providing them — through the business — with a way of deterring problematic behaviour by small groups of consumers. In particular, just as some businesses behave in bad faith or otherwise inappropriately, so too do some consumers¹³⁷.

¹³⁶ Australian Government, Productivity Commission. *Review of Australia's Consumer Policy Framework - Inquiry Report*. N°. 45, 30 April 2008, Volume 2 – Chapters and Appendixes. p. 140 et suivantes.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 151. La Recommendation 7.1 se lit comme suit:

RECOMMENDATION 7.1

A provision should be incorporated in the new national generic consumer law that addresses unfair contract terms. The Commission's preferred approach would have the following features:

- a term is established as 'unfair' when, contrary to the requirements of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract;
- there would need to be material detriment to consumers (individually or as a class);
- it would relate only to standard-form, non-negotiated contracts;
- it would exclude the upfront price of the good or service; and
- it would require all of the circumstances of the contract to be considered, taking into account the broader interests of consumers, as well as the particular consumers affected.

Where these criteria are met, the unfair term would be voided only for the contracts of those consumers or class of consumers subject to detriment, with suppliers also potentially liable to damages for that detriment. The drafting of any new provision should ensure the potential for private (and regulator-led) representative actions for damages by a class of consumers detrimentally affected by unfair contract terms.

En vertu de la constitution de ce pays, le gouvernement fédéral a le pouvoir de légiférer sur un sujet relevant des États si ce sujet lui a été référé par un État¹³⁸. C'est par le biais de ce mécanisme que le gouvernement fédéral a procédé à l'adoption d'une loi nationale de protection du consommateur, le *Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Act (No. 1) 2010* qui est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2010 et au dépôt de deux projets de loi complémentaires¹³⁹ dont on prévoyait l'entrée en vigueur pour le 1^{er} janvier 2011¹⁴⁰.

L'adoption de ces trois lois créera un régime de protection du consommateur qui remplacera les 17 lois de protection des consommateurs présentement en vigueur et qui diffère sur certains points d'un État à l'autre.

Le *Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Act (N° 1) 2010* contient deux chapitres qui réglementent l'utilisation de clauses abusives. Voici un résumé de cette réglementation :

La protection contre les clauses abusives ne s'applique qu'aux contrats de consommation pré-rédigés. Certains contrats de consommation sont par ailleurs exclus de son application, notamment : les contrats d'assurance¹⁴¹.

The following consumer contracts are excluded:

- *certain shipping contracts*
- *contracts that are constitutions of companies, managed investment schemes or other kinds of bodies or*
- *contracts covered by the Insurance Contracts Act 1984*¹⁴².

Seules les clauses accessoires peuvent être déclarées abusives. Pour attaquer les clauses principales, le consommateur devra continuer à se prévaloir des moyens que lui offre la common law.

Transitional arrangements should be put in place after enactment, which would give businesses the time to modify their contracts.

The operation and effects of the new provision should be reviewed within five years of its introduction.

¹³⁸ Section 51(xxxvii) of the *Commonwealth of Australia Constitution Act*.

¹³⁹ Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Bill (N° 2) 2010; Competition and Consumer Legislation Amendment Bill 2010.

¹⁴⁰ À la date de la rédaction du présent rapport, le site Internet du gouvernement australien parle toujours au futur de l'entrée en vigueur du *Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Act (No. 2) 2010*, mais mentionne par ailleurs que l'adoption du *Competition and Consumer Legislation Amendment Bill 2010* a été reportée du fait de la dissolution de la *House of representatives* et de la prorogation du Sénat. Source : Australian Government; The Treasury. An Australian Consumer Law.

<http://www.treasury.gov.au/consumerlaw/content/legislation.asp> (Page consultée le 25 septembre 2011).

¹⁴¹ Cette exclusion constitue d'ailleurs la principale critique des organisations de défense des droits de la consommation à l'encontre de l'Australian Consumer Law. Consumer action law center, Submission to Inquiry into the Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Bill 2009, 30 juillet 2009 ; <http://www.consumeraction.org.au/publications/policy-reports.php> (Page consultée le 25 septembre 2011).

¹⁴² Australia Consumer Law, *A guide to the unfair contract terms law*, Australian Competition and Consumer Commission, ISBN 978 1 921581 59 5, [http://www.asic.gov.au/asic/pdflib.nsf/LookupByFileName/Guide-to-the-unfair-contract-terms-law-28052010.pdf/\\$file/Guide-to-the-unfair-contract-terms-law-28052010.pdf](http://www.asic.gov.au/asic/pdflib.nsf/LookupByFileName/Guide-to-the-unfair-contract-terms-law-28052010.pdf/$file/Guide-to-the-unfair-contract-terms-law-28052010.pdf) (Page consultée le 25 septembre 2011).

La loi définit qu'une clause sera considérée abusive (unfair) lorsqu'elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties; qu'elle n'est pas raisonnablement nécessaire pour protéger les intérêts légitimes du commerçant; et qu'elle crée un préjudice au consommateur (pécuniaire ou autre). Le *Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Act (No. 2) 2010* précise pour sa part que la protection contre les conduites abusives vise aussi bien le processus qui mène au contrat que les termes de ce contrat et que les comportements subséquents des parties au contrat.

Pour déterminer si une clause est abusive, le juge pourra regarder évaluer toutes les circonstances du contrat, dont son intelligibilité et sa lisibilité¹⁴³.

Aux termes de l'*Australian Consumer Law*, un tribunal qui conclut qu'une clause est abusive pourra la déclarer sans effet, pourvu que le contrat puisse subsister sans cette clause, ou annuler le contrat si, sans la présence de cette clause, le contrat est dénaturé.

Parmi les remèdes que la loi accorde : le commerçant pourra faire l'objet de pénalité administrative ou pénale; un juge pourrait aussi déclarer une personne inhabile à gérer une société ou à exercer certaines activités reliées à la gestion d'une société.

Dans le cas de services financiers, des organismes de surveillance, soit l'*Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)* et l'*Australian Securities and Investments Commission (ASIC)*, ont le pouvoir qu'enquêter et d'obliger un commerçant à fournir les renseignements ou documents requis pour décider si une clause ou une pratique est abusive. L'ACCC et l'ASIC peuvent aussi publier des avis pour informer le public de la présence, chez un commerçant, de pratiques ou de clauses potentiellement abusives, et cela, sans obtenir la permission préalable d'un tribunal.

L'ACCC et l'ASIC pourront aussi s'adresser à un tribunal afin qu'un commerçant rembourse, répare, modifie les termes d'un contrat, cesse une pratique déloyale ou d'autres actions visant un grand nombre de consommateurs qui ne sont pas parties au litige.

La loi comprend une liste de clauses potentiellement abusives. Cette liste n'est donnée qu'à titre d'exemple; la loi n'établit aucune présomption qui pourrait constituer ou faciliter la preuve d'abus. Le consommateur a dans tous les cas le fardeau de démontrer que la clause crée un déséquilibre significatif en faveur du commerçant et qu'elle lui cause un préjudice. Suite à cette preuve, il appartient au commerçant de démontrer que la clause en litige est raisonnablement nécessaire pour protéger ses intérêts légitimes.

Le pouvoir de réglementation prévu à la loi permet de la création d'une liste de clauses qui seraient réputées abusives; aucun projet de règlement n'a été annoncé à cet effet.

Pour ce qui est de la codification des règles de common law, le *Trade Practice Act 1974* prévoyait déjà pour sa part à son article 51A(1) une protection contre l'*unconscionability*, qui peut être invoquée par tout cocontractant, qu'il soit consommateur ou commerçant :

A corporation must not, in trade or commerce, engage in conduct that is unconscionable within the meaning of the unwritten law, from time to time, of the States and Territories.

¹⁴³ *Ibid.*

Déjà en 2002, le Deakin Law Review notait la vaste portée de cette protection et des développements récents rapides de cette notion d'*unconscionability* :

The judicial and legislative development of sections 51AA, 51AC, and 52 of the Trade Practices Act mirrors that Act's transformation from an Act primarily regulating anti-competitive conduct and abuse of market power to one which equally regulates commercially unfair, self-interested, and opportunistic conduct whatever its impact on competition and markets.[18] The recent extension of unconscionability to embrace "situational" disadvantage based on a party's legal and financial position as well as "constitutional" (or inherent) disadvantage arising from a person's health or lack of understanding has as much potential to interrupt corporate and commercial dealings as the expansion of indicia of statutory unconscionability and ACCC test cases on its scope. The expanded indicia of unconscionability in section 51AC clearly extend unconscionability even further beyond its orthodox equitable boundaries and its meaning in section 51AA.

Inherent personal difficulties relating to language difficulties, infirmity, and other hardships which characterise the link between unconscionability and notions of special disability or special disadvantage [...] do not exhaust unconscionability's reach in banking and commercial contexts. [...]

Regulating unconscionable, unfair, and other forms of self-interested conduct is a mushrooming area of statutory and judge-made regulation and also an area of growing concern for directors of government and non-government corporations alike. New developments in unconscionability, good faith, and statutory reform of trade practices and financial services regulation make it easier to hold banks and other corporations in the private and public sectors legally accountable. A number of statutory and non-statutory developments combine to limit abuse of corporate and public power and self-interested behaviour by corporations and governments in ways which might not have been imagined a decade ago. Particular interest focuses on procedural fairness, unconscionability, good faith, and other fairness-based arguments as well as rights-based arguments, in situations where the law enhances the legal imperative for one party – often a governmental or business organization wielding significant public or commercial power – to take account of the interests of another party¹⁴⁴.

Les auteurs concluaient déjà de cette approche moderne et des décisions récentes que la partie commerciale, qui est en général dans une position de négociation plus favorable, se trouvait à risque de voir certaines clauses ou contrats invalidés non seulement parce que le cocontractant était désavantagé par une condition personnelle (maladie, intoxication, éducation déficiente) mais même quand il se trouvait dans une position commerciale désavantageuse du fait de sa situation légale ou financière dans laquelle ils se retrouvaient.

¹⁴⁴ Bryan HARRIGAN, *Unconscionability Breaks New Ground -- Avoiding and Litigating Unfair Client Conduct After the ACCC Test Cases and Financial Services Reforms* [2002] DeakinLawRw 4; (2002) 7(1) Deakin Law Review 73.

B) Le Royaume-Uni

i) Protection individuelle contre les clauses abusives

Jusqu'en 1994, seules les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité étaient réglementées au Royaume-Uni. Depuis 1973, le *Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973* (SOGITA) limitait ou rendait illégales ces clauses, spécialement dans les contrats de consommation et, dans les cas permis, le fardeau de démontrer que la clause en litige était juste et raisonnable dans le contexte du contrat reposait sur le commerçant.

En 1977, l'*Unfair Contract Terms Act 1977* (UCTA) fut adopté. Cette loi reprend la réglementation de la SOGITA concernant les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, et élargit la portée de la loi au contrat d'adhésion entre commerçants. (Nous reviendrons plus bas sur la portée et le champ d'application de cette loi)

La Communauté économique européenne (CEE) adopta le 5 avril 1993 la *directive CEE n° 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*¹⁴⁵, et, en 1998, la *directive CE n° 98/27 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs*¹⁴⁶.»

Le législateur anglais, plutôt que d'intégrer ces directives dans l'UCTA, a plutôt décidé de les reproduire, presque textuellement, dans une loi séparée, l'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (UTCCR), d'abord en 1994¹⁴⁷ et ensuite en 1999¹⁴⁸.

L'adoption de l'UTCCR a eu pour effet de créer deux régimes de protection contre les clauses abusives qui se recoupent sur certains points, mais qui ne sont toutefois pas absolument cohérents entre eux. Voici un court résumé de la portée et du champ d'action de chacune de ces deux lois :

ii) L'UCTA

L'*Unfair Contract Terms Act 1977*:

- (1) s'applique aussi bien au consommateur qu'aux commerçants;
- (2) vise uniquement aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité;
- (3) énumère une liste de clauses présumées abusives;
- (4) suggère certains critères d'application d'un test d'équité (reasonableness test);
- (5) fait reposer sur les épaules de celui qui l'évoque le fardeau de prouver que la clause en litige est juste et raisonnable;
- (6) s'applique à la majorité des contrats, négociés de gré à gré ou d'adhésion;
- (7) exclut certains contrats de consommation (ex. : contrat d'assurance);
- (8) ne s'applique qu'au contrat examiné dans le cadre de l'instance et aux cocontractants parties au litige.

¹⁴⁵ Directive N° 93/13/CEE du 5 avril 1993 (J.O.C.E. N° L.95 du 21 avril 1993).

¹⁴⁶ Directive 98/27 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs. Journal officiel N° L 166 du 11/06/1998 pp. 0051 – 0055.

¹⁴⁷ *Unfair contract Terms Act 1977*, SI 1994 N° 3159.

¹⁴⁸ *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* SI 1999 N° 2083.

iii) L'UTCCR

L'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*:

- (1) s'applique uniquement aux contrats de consommation (quelle que soit leur forme);
- (2) s'applique uniquement aux clauses accessoires ; ne s'applique pas aux « obligations essentielles » du contrat;
- (3) propose une liste de clauses présumées abusives ; ne contient aucune énumération ou exemple de clauses réputées abusives;
- (4) propose un test afin de vérifier le caractère non abusif des clauses;
- (5) fait reposer le fardeau de la preuve sur la personne qui allègue qu'une clause est abusive;
- (6) s'applique uniquement aux clauses qui n'ont pas été négociées;
- (7) permet que des organismes autorisés puissent prendre des mesures pour prévenir l'utilisation de clause abusive¹⁴⁹.

La complexité de ce double régime est telle que certains auteurs ont suggéré que le Royaume-Uni ne se conforme pas à ses engagements envers l'Union européenne, puisqu'il ne respecte pas l'obligation créée par les directives de permettre l'accessibilité de la loi aux consommateurs.

Cette situation a été sévèrement critiquée par les associations de consommateurs, entre autres, parce que ce double système qui se révèle même trop complexe pour les avocats et les juges ne permet pas de publiciser et d'informer convenablement les consommateurs de leurs droits dans ce domaine.

iv) Protection collective contre les clauses abusives

L'article 7 de la directive de 1993 prévoit à son paragraphe 2 :

*Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses*¹⁵⁰.

Cet article, tel qu'intégré dans l'UTCCR, a été interprété restrictivement, avec pour conséquence de conférer à l'*Office of Fair Trading* (OFT, créé en 1973 par l'UCTA) le pouvoir exclusif d'agir au nom des consommateurs pour faire déclarer une clause abusive.

Toutefois, lors de l'intégration, en 1999, de la directive européenne de 1998¹⁵¹, ce pouvoir a été conféré par la loi à plusieurs organismes : des organes publics pour la plupart, mais aussi à une unique association de consommateurs, le Consumer's Association (connue aussi sous le nom de la publication de l'organisme, « Which? »).

¹⁴⁹ The Law Commission, Consultation Paper N° 166 ; The Scottish Law Commission, Discussion Paper N° 119, *Unfair Terms in Contracts ; A Joint Consultation Paper*, London: TSO.

¹⁵⁰ Directive N° 93/13/CEE du 5 avril 1993 (J.O.C.E. N° L.95 du 21 avril 1993) « concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs »

¹⁵¹ Directive 98/27 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs Journal officiel N° L 166 du 11/06/1998 pp. 0051 – 0055.

C'est une loi de 2002, l'*Enterprise Act 2002*, qui a conféré à ces organismes des pouvoirs supplémentaires. En vertu de cette loi, ils peuvent porter plainte à l'OFT selon une procédure accélérée et prioritaire : la « super plainte » (« *super complaint* »)¹⁵². Ils ont aussi reçu le pouvoir d'enquêter auprès d'un commerçant ou d'une entreprise concernant des pratiques interdites. Les entreprises sous enquête doivent collaborer et peuvent être contraintes judiciairement. En contrepartie, les organismes qui obtiennent des renseignements pouvant être considérés comme confidentiels ont un devoir de confidentialité et sont soumis à des limitations qui les empêchent d'utiliser dans le cadre de recours judiciaires certains renseignements recueillis lors de ces enquêtes.

v) Pouvoirs de l'OFT

L'*Office of Fair Trading* a entre autres pour mandat d'examiner toute plainte portant sur le caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat de consommation pré-rédigé. L'OFT peut déposer une action en cessation à l'encontre d'une entreprise relativement à une telle clause¹⁵³.

L'OFT considère que l'un de ses rôles premiers est d'éduquer et de persuader les entreprises de se conformer aux standards de transaction raisonnable et elle n'aura recours aux tribunaux qu'en dernier recours¹⁵⁴.

Our approach to compliance and enforcement

2.3 Consumers are best served by competitive markets where businesses compete fairly for custom in compliance with the law. We believe that most businesses want to treat their customers fairly and to comply with the consumer protection law that the OFT enforces (see Annexe A). We aim to enable and encourage them to do so, and to take enforcement action only where there is no better route to securing compliance.

L'OFT n'a en fait eu recours aux tribunaux que dans deux cas, qui concernaient tous les deux des contrats bancaires : ce sont les causes *First National Bank*¹⁵⁵ et *Abbey National plc*¹⁵⁶. Les arguments de l'OFT (le *Director General of Fair Trading* au moment de l'affaire *First National Bank*) n'ont été retenus dans aucune de ces deux affaires.

Dans la cause *Abbey National plc*, la Cour suprême anglaise a décidé que des frais bancaires de découverts n'étaient pas accessoires au contrat, mais qu'ils relevaient de son essence même et que, par conséquent, ils ne pouvaient faire l'objet d'un recours en vertu de l'UTCCR. Dans l'affaire *First National Bank*, le tribunal a conclu que la clause en litige, qui visait à garantir au prêteur ses taux d'intérêt malgré tout recours aux tribunaux par le débiteur défaillant en vue de faire établir un régime de remboursement, ne constituait pas une clause essentielle, même si elle touchait à la rémunération de la banque, mais qu'elle n'était pas non plus abusive, puisque les règles de transaction de bonne foi avaient été respectées vu la transparence du processus, et que l'obligation faite au débiteur de rembourser avec intérêt ne pouvait être considérée comme disproportionnée ou préjudiciable, alors que l'absence d'une telle clause serait préjudiciable au prêteur.

¹⁵² *OFT, Super-Complaints, Guidance for designated consumer bodies* (juillet 2003) para. 2.4.

¹⁵³ *1999 Regulations, reg. 10-3.*

¹⁵⁴ *Statement of consumer protection enforcement principles*, December 2008, OFT964.

¹⁵⁵ *Director General of Fair Trading v First National Bank plc* [2001] UKHL 52.

¹⁵⁶ *Office of Fair Trading v Abbey National plc and Others* [2009] UKSC 6.

Cette décision a tout du moins eu le mérite de préciser que les dispositions portant sur les clauses abusives couvraient tout autant l'aspect procédural de la transaction, la bonne foi étant associée à la transparence du processus, que l'iniquité substantive¹⁵⁷.

vi) La Consumer's Association

La Consumer's Association, pour sa part, n'a pas fait usage de ce pouvoir d'ester en justice, et ce, pour trois raisons principales :

- 1) Pour des raisons financières : sa reconnaissance à titre d'organisme de contrôle n'a été accompagnée d'aucune aide financière de la part du gouvernement ;
- 2) Depuis la loi de 2002, l'association peut faire en sorte que toute clause ou tout comportement abusif soient examinés par l'OFT, en procédant par le biais d'une procédure rapide, la « super plainte ». L'OFT a 90 jours pour traiter cette plainte et décider de sa recevabilité et du traitement à lui accorder ;
- 3) L'Association est soumise à la limitation de droit commun en matière de révélation des renseignements recueillis dans le cadre de son activité publique¹⁵⁸.

Il faut noter que la reconnaissance législative accordée à la Consumer's Association et les pouvoirs légaux qui ont accompagné cette reconnaissance ont créé une tension entre le rôle traditionnel de l'Association des Consommateurs, qui consiste à fournir aux consommateurs information et conseils, d'une part, et l'interdiction qui lui est faite de révéler ce dont elle prend connaissance dans le cadre de sa fonction publique de contrôle des clauses abusives dans les contrats de consommation, d'autre part¹⁵⁹.

C) Les États-Unis

Le système juridique américain est lui aussi issu de la common law; les défenses de common law pour contrer les injustices contractuelles y trouvent donc application, et ce, dans tous les types de contrats.

Bien que le droit privé relève principalement de la compétence des États fédérés (ci-après les États) et non de l'État fédéral (ci-après le Fédéral), la Constitution américaine permet au Fédéral de légiférer afin de réglementer les relations économiques entre les différents États¹⁶⁰.

i) Droit de l'État fédéral

Le Fédéral a reconnu, dès le début du XXe siècle, que la common law ne protégeait pas adéquatement les consommateurs contre certaines pratiques commerciales déloyales. Pour tenter de remédier à ces lacunes, il adopta, en 1914, la *Federal Trade Commission Act*¹⁶¹ (F.T.C.A.). On y définit la pratique déloyale comme un acte ou une pratique qui causent ou qui sont susceptibles de causer aux consommateurs un préjudice grave que ceux-ci ne peuvent

¹⁵⁷ Voir à ce sujet: Andrew BURROWS, *A Casebook on Contract* (Hart 2007) 298.

¹⁵⁸ *Enterprise Act 2002* Part 9, esp. s. 238(3).

¹⁵⁹ Contributions du colloque, *La Commission des clauses abusives en action : 30e anniversaire*, la protection du consommateur contre les clauses abusives en Grande-Bretagne, M. Simon Whittaker, professor of european comparative law, St. John's College.

¹⁶⁰ The Interstate Commerce Clause : Constitution, Article I, Section 8, Clause 3: "The Congress shall have power to regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes".

¹⁶¹ *Federal Trade Commission Act* of 1914, 15 U.S.C §§ 41-58.

pas raisonnablement éviter eux-mêmes, et qui n'est pas compensé par des avantages pour les consommateurs ou pour la concurrence.

*The Commission shall have no authority under this section or section 57a of this title to declare unlawful an act or practice on the grounds that such act or practice is unfair unless the act or practice causes or is likely to cause substantial injury to consumers which is not reasonably avoidable by consumers themselves and not outweighed by countervailing benefits to consumers or to competition. In determining whether an act or practice is unfair, the Commission may consider established public policies as evidence to be considered with all other evidence. Such public policy considerations may not serve as a primary basis for such determination*¹⁶².

La F.T.C.A. crée un organisme de contrôle et de promotion du droit de la consommation, la *Federal Trade Commission* (ci-après la F.T.C.). Cet organisme a une double mission; la sauvegarde de la concurrence et la protection des consommateurs¹⁶³. Il n'existe aucun droit d'action privée, concernant le consommateur, dans cette loi. La Section 5 déclare toutefois explicitement que sont illégales les pratiques injustes ou trompeuses dans le commerce aussi bien que celles qui affectent le commerce, au même titre que les moyens de concurrence déloyaux. Il s'agit pourtant d'une loi principalement préventive¹⁶⁴.

*Cet article, qui déclare illégales [...] les actions ou pratiques déloyales ou trompeuses dans le commerce, n'ouvre aucune voie de droit aux particuliers, ni expressément, ni tacitement; la protection contre les pratiques commerciales déloyales accordée par cet article donne un pouvoir propre uniquement à la Commission*¹⁶⁵

Les pouvoirs de la F.T.C. se retrouvent à la Section 5 de la F.T.C.A.¹⁶⁶. Elle peut, entre autres, enquêter et prendre des mesures préventives, ordonner par exemple aux parties de mettre fin à leurs actes répréhensibles (*cease and desist orders*), ou intenter des actions du type de l'injonction concernant des pratiques commerciales déloyales ou trompeuses si elle a des raisons de croire que la loi est ou a été violée¹⁶⁷. La F.T.C.A. élabore également des règles qui permettent de déterminer si des conduites sont déloyales et définit certains termes ou concepts, qui sont publiés par la suite¹⁶⁸. Par contre, elle ne peut réclamer aux entreprises ou accorder aux consommateurs de dommages et intérêts, dans la mesure où elle agit au nom de l'intérêt général (*public interest*) et non pour protéger des intérêts particuliers.

¹⁶² 15 USC Sec 45. (n) Standard of proof; public policy considerations.

¹⁶³ Prof. Dr. h.c. Norbert REICH, *Loyauté des transactions avec les consommateurs - la Federal Trade Commission américaine (FTC) peut-elle servir de modèle pour une protection efficace des consommateurs dans le marché unique européen ?* - Document thématique pour la 3^e assemblée annuelle des associations non gouvernementales de consommateurs, Bruxelles, les 23 et 24 novembre 2000 ; http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/events/event32_wrks2-1_fr.html (Page consultée le 25 septembre 2011).

¹⁶⁴ Victor E. Schwartz et Cary Silverman, *Common-Sense Construction of Consumer Protection Acts*, Kansas Law Review [Vol. 54], p.1, 12.

¹⁶⁵ *Carlson c. Coca-Cola Co*, 483 F.2d 279 (9th Cir. 1973).

¹⁶⁶ 15 U.S.C. § 45 Unfair methods of competition unlawful; prevention by Commission:

¹⁶⁷ Articles 5 (l,m), 13 (b), 19 (b) FTCA, 15 USC § 45, 53, 57b.

¹⁶⁸ Voir *FTC POLICY STATEMENT ON UNFAIRNESS* Appended to *International Harvester Co.*, 104 F.T.C. 949, 1070 (1984). See 15 U.S.C. § 45(n). FEDERAL TRADE COMMISSION, WASHINGTON, D. C. 20580, December 17, 1980.

La F.T.C. a par contre le pouvoir, dans les cas où ses ordonnances ne sont pas respectées, d'exiger que les consommateurs lésés soient indemnisés pour leurs pertes et celui de demander au tribunal l'imposition d'amendes.

La F.T.C. a le devoir de faire respecter d'autres lois de protection du consommateur dont : *Fair Debt Collection Practices Act (FDCPA)*¹⁶⁹, *Equal Credit Opportunity Act*¹⁷⁰, *Truth-in-Lending Act*¹⁷¹, *Fair Credit Reporting Act*¹⁷², *Do-Not-Call Implementation Act*¹⁷³, *Children's Online Privacy Protection Act*¹⁷⁴, *Fair and Accurate Credit Transactions Act (2003)*¹⁷⁵, *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act*¹⁷⁶. Ces lois prohibent notamment des comportements qui sont réputés être injustes ou trompeurs (*unfair or deceptive*)¹⁷⁷.

Un des outils importants dont dispose la F.T.C. pour appliquer et faire respecter la norme de loyauté est son pouvoir d'édicter des réglementations¹⁷⁸. La *Cooling-off Rule for Sales made at Homes or at Certain Other Locations* (ou règle du « dégrisement » dans les ventes à domicile ou dans certains autres lieux), édictée en 1972¹⁷⁹, constitue un bon exemple de l'importance de ce pouvoir.

Les associations de consommateurs jouent un rôle assez limité dans le cadre de l'application de la F.T.C.A. Elles peuvent déposer des demandes auprès de F.T.C. pour l'inciter à adopter certaines mesures, mais elles ne disposent d'aucun moyen de l'y contraindre. Cependant, les groupes qui désirent participer au processus de réglementation de la F.T.C. doivent être entendus; ils peuvent présenter des documents, des témoignages, des expertises, et ils peuvent procéder à des interrogatoires et des contre-interrogatoires. Cette place faite aux associations de consommateurs dans les instances publiques contribue à la transparence et à la crédibilité de la procédure.

Le Fédéral a aussi mis sur pied la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (ci-après la *N.C.C.U.S.L.*), appelé aussi la *Uniform Law Commission*, qui a pour objet l'élaboration de modèles de lois types pouvant être intégrées dans le droit des États fédérés et ainsi favoriser l'harmonisation de certaines règles de droit à la grandeur du pays.

La *N.C.C.U.S.L.* a, en 1952, publié le *Uniform commercial Code*¹⁸⁰ (*U.C.C.*). Ce code qui comprend les principales règles applicables en matière de droit commercial aux États-Unis n'a

¹⁶⁹ *Fair Debt Collection Practices Act (FDCPA)*, (15 U.S.C § 1692).

¹⁷⁰ *Equal Credit Opportunity Act*, 15 U.S.C. § 1691).

¹⁷¹ *Truth-in-Lending Act*, (15 U.S.C. § 1601).

¹⁷² *Fair Credit Reporting Act*, (15 U.S.C. § 1681).

¹⁷³ *Do-Not-Call Implementation Act*, 15 U.S.C. § 6101-6108.

¹⁷⁴ *Children's Online Privacy Protection Act*, 15 U.S.C. § 6501-6506.

¹⁷⁵ *Fair and Accurate Credit Transactions Act (2003)*, PUBLIC LAW 108-159—DEC. 4, 2003.

¹⁷⁶ *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act* (15 U.S.C. 7701).

¹⁷⁷ Voir le site de la FTC pour la liste complète des lois qu'elle doit faire appliquer :

<http://www.ftc.gov/ogc/stat3.shtm> (Page consultée le 25 septembre 2011).

¹⁷⁸ Art. 18 (a) (1) (B) (15 USC § 57a), dont les dispositions se lisent comme suit:

- La Commission peut édicter ... des règles définissant avec précision les actions ou pratiques déloyales ou les actions ou pratiques trompeuses dans le commerce ou affectant le commerce...
- Les règles prévues par le présent alinéa peuvent contenir des prescriptions nécessaires à la prévention de tels actes ou pratiques.

¹⁷⁹ *Cooling-off Rule for Sales made at Homes or at Certain Other Locations*, 6 CFR § 429

¹⁸⁰ U.C.C. : Uniform Commercial Code, © Copyright 2005 by The American Law Institute and the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws; reproduced, published and distributed with the

en soi aucune valeur légale en lui-même, ni aucune force contraignante; il établit tout de même des principes déterminants de l'approche américaine de la protection du consommateur.

Another predominant concern of consumer protection policy focuses on policing the terms of the consumer contract. Values used in support of such intervention include fairness issues, market or information regulation, or concerns over the validity of an agreement entered into in situations of unequal bargaining power. Under each view, some sort of legal intervention may be warranted, although in different degrees depending upon the espoused view. As discussed in this section, similar to deceptive advertising, federalizing and decentralizing constraints on lawmakers may affect the ultimate legal response.

In the United States, regulation of terms in the consumer contract largely occurs at the state level. Two very basic doctrines affecting use of terms are the obligation of good faith and fair dealing and the doctrine of unconscionability. The Uniform Commercial Code provides that "Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement." Good faith can mean "honesty in fact in the conduct or transaction concerned," but more importantly, in the case of a merchant, means "honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade"¹⁸¹.
(références omises)

Les 50 États américains ont tous adopté un code commercial qui s'inspire fortement de l'U.C.C. et en retient les principes.

L'article 1-103(b) de l'U.C.C., incorpore les protections de la common law, mais c'est sous l'article 2 que se retrouve la réglementation la plus importante concernant les protections à l'encontre des clauses abusives et, plus généralement, les exceptions au principe de la liberté de contracter. Ainsi, cet article codifie la doctrine concernant l'obligation de bonne foi et celle d'agir de façon juste, ainsi que la doctrine de l'iniquité.

§ 1-103 Construction of code to promote its purposes and policies -- Applicability of supplemental principles of law -- Use of official comments.

(1) The Uniform Commercial Code shall be liberally construed and applied to promote its underlying purposes and policies, which are:

- (a) To simplify, clarify, and modernize the law governing commercial transactions;*
- (b) To permit the continued expansion of commercial practices through custom, usage, and agreement of the parties; and*
- (c) To make uniform the law among the various jurisdictions.*

(2) Unless displaced by the particular provisions of the Uniform Commercial Code, the principles of law and equity, including the law merchant and the law relative to capacity

permission of the Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code for the limited purposes of study, teaching, and academic research. <http://www.law.cornell.edu/ucc/> (Page consultée le 25 septembre 2011).

¹⁸¹ A. Brooke OVERBY, *An Institutional Analysis of Consumer Law, Comparative consumer protection*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol 34, N° 5, novembre 2001. <http://law.vanderbilt.edu/publications/journal-of-transnational-law/archives/volume-35-number-1/download.aspx?id=2000> (Page consultée le 25 septembre 2011).

to contract, principal and agent, estoppel, fraud, misrepresentation, duress, coercion, mistake, bankruptcy, and other validating or invalidating cause, supplement its provisions.

(3) Official comments to the Uniform Commercial Code, as published from time to time by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, represent the express legislative intent of the General Assembly and shall be used as a guide for interpretation of this chapter, except that if the text and the official comments conflict, the text shall control¹⁸².

§ 2-302. Unconscionable contract or Term.

(1) If the court as a matter of law finds the contract or any term of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or it may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result.

(2) If it is claimed or appears to the court that the contract or any term thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose, and effect to aid the court in making the determination¹⁸³.

On remarquera que le tribunal ne pourra appliquer les remèdes prévus que si la clause était inéquitable au moment où le contrat a été conclu.

L'U.C.C. précise en outre qu'il s'applique à tous les contrats qui visent les biens, sans toutefois prendre le pas sur les lois spécifiques à la vente aux consommateurs.

§ 2-102. Scope; Certain Security and Other Transactions Excluded From This Article.

Unless the context otherwise requires, this Article applies to transactions in goods; it does not apply to any transaction which although in the form of an unconditional contract to sell or present sale is intended to operate only as a security transaction nor does this Article impair or repeal any statute regulating sales to consumers, farmers or other specified classes of buyers.

ii) Droit des États fédérés

La F.T.C. encourage les États à agir de façon concertée et complémentaire en matière de protection du consommateur, à se concentrer sur la mise en application de la loi, la définition et l'obtention de remèdes adéquats pour le consommateur lésé et à s'en remettre à la F.T.C. pour l'élaboration des politiques générales et du droit substantif¹⁸⁴. Conformément à cette orientation

¹⁸² U.C.C. § 1-103, 1 U.L.A. 109 (1999).

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Victor E. SCHWARTZ et Cary SILVERMAN, *Common-Sense Construction of Consumer Protection Acts*, KANSAS LAW REVIEW [Vol. 54], p.1, 16. Voici un extrait de la CPA du Vermont qui illustre cet effort de complémentarité: STAT. ANN. tit. 9, § 2451 (2004) (recognizing that the purpose of the Vermont Consumer Fraud Act is to "complement the enforcement of federal statutes and decisions governing unfair methods of competition and unfair and deceptive acts or practices in order to protect the public, and to encourage fair and honest competition").

proposée, la plupart des États ont édicté ce qu'on appelle des « *little FTC-Acts* » ou des *Consumer Protection Act* (ci-après les *C.P.A.*), qui reprennent pour la plupart, les protections prévues à l'article 5 de la *F.T.C.A.*

Pour les États, ces compétences parallèles en matière de protection du consommateur ne sont pas considérées comme contre-productives, puisque les mesures mises en place par les deux niveaux de gouvernement s'additionnent les unes aux autres. C'est pourquoi la *F.T.C.* et les procureurs généraux des États collaborent dans des actions communes telles que les plaintes, les opérations de « balayage », l'application du droit.

De plus, les États ont tous repris, en totalité ou en grande partie, le texte de l'article 2 de l'*U.C.C.* concernant la protection du consommateur. La Louisiane constitue la seule exception; cet État (qui, rappelons-le, est le seul État de tradition civiliste aux États-Unis) a préféré inclure dans son code civil, au titre 51 : *Trade and commerce*, les dispositions relatives à la protection du consommateur¹⁸⁵. L'article 51 :1403 déclare illégaux et sans effet les contrats de consommation qui contreviennent aux dispositions qui se retrouvent à ce chapitre.

§ 51:1403 - Prohibited contracts

Any consumer contract, express or implied, made by any person, firm, or corporation in violation of this Chapter is an illegal contract and no recovery thereon shall be had.

Outre les recours qui peuvent être entrepris par le procureur général (par le biais de la division compétente, soit : The Louisiana Attorney General's Office, Public Protection Division, Consumer Protection Section), l'*Unfair Trade Practices and Consumer Protection Law* prévoit des recours pour les consommateurs ainsi que des recours originaux pour les entreprises qui, si elles ont signé un engagement volontaire, peuvent intenter des recours contre les concurrents pour les forcer à respecter les mêmes règles :

§ 51:1409 - Private actions

A. Any person who suffers any ascertainable loss of money or movable property, corporeal or incorporeal, as a result of the use or employment by another person of an unfair or deceptive method, act, or practice declared unlawful by R.S. 51:1405, may bring an action individually but not in a representative capacity to recover actual damages. If the court finds the unfair or deceptive method, act, or practice was knowingly used, after being put on notice by the attorney general, the court shall award three times the actual damages sustained. In the event that damages are awarded under this Section, the court shall award to the person bringing such action reasonable attorney fees and costs. Upon a finding by the court that an action under this Section was groundless and brought in bad faith or for purposes of harassment, the court may award to the defendant reasonable attorney fees and costs.

[...]

D. If any person is enjoined from the use of any method, act, or practice or enters into a voluntary compliance agreement accepted by the attorney general under the provisions

¹⁸⁵ *Louisiana Revised Statutes 51:1401 - Unfair Trade Practices and Consumer Protection Law.*

*of this Chapter, such person shall have a right of action to enjoin competing businesses engaged in like practices*¹⁸⁶.

La plupart des États ont aussi choisi d'inclure, dans leur *C.P.A.*, des listes non exhaustives de clauses ou de pratiques prohibées¹⁸⁷.

La différence majeure que l'on retrouve entre le régime fédéral et celui des États est cependant la place que les États ont réservée à un droit d'action, privé ou collectif, des consommateurs. Contrairement à la législation fédérale, qui ne permet pas qu'un consommateur ou qu'un groupe de consommateurs puissent ester en justice¹⁸⁸ en vertu de la *F.T.C.A.* (ou, bien sûr, de l'*U.C.C.*), celles des États, en plus de donner aux organismes gouvernementaux compétents un droit d'ester en justice, favorisent l'usage des tribunaux par les consommateurs et les associations de consommateurs pour aider à discipliner les commerçants, professionnels ou les vendeurs délinquants.

Le consommateur qui intente une poursuite n'a pas, contrairement aux organismes gouvernementaux de protection du consommateur, à démontrer que sa cause est d'intérêt public. Dans plusieurs États il n'a pas non plus à démontrer qu'il a été personnellement lésé, mais uniquement que le commerçant a agi de façon déloyale. En fait, les *C.P.A.* ne font pas que permettre les poursuites, elles encouragent ces actions de différentes façons, en permettant par exemple de réclamer les frais d'avocat, en imposant des dommages minimums ou même en permettant au juge d'accorder des dommages allant jusqu'à doubler ou tripler le montant du dommage réel (*double* ou *treble damages*), en permettant l'attribution de dépens, de dommages punitifs et de dommages moraux¹⁸⁹.

Le législateur californien, en proposant l'adoption de procédures de recours collectifs, écrivait que ces procédures encourageraient les associations de consommateurs à participer plus activement à l'application de la législation et de la réglementation des pratiques commerciales.

Tous les États ne prévoient toutefois pas des recours identiques. Le fait que les droits d'actions et les remèdes permis en vertu des différentes *C.P.A.* ne sont pas uniformes sur l'ensemble du territoire des États-Unis amène deux problématiques souvent soulignées. Afin d'échapper à l'application de régimes qui seraient plus sévères, les commerçants utilisent dans certains contrats de consommation et d'adhésion des clauses d'élection de for, choisissant de (et forçant les consommateurs à) soumettre les litiges à venir à la juridiction des États où les sanctions sont les moins sévères.

Les avocats qui représentent des consommateurs ou des associations de consommateurs vont être, de leur côté, incités à faire du « *forum shopping* » en vue d'entreprendre leurs actions dans les États qui prévoient les remèdes les plus avantageux.

¹⁸⁶ *Louisiana Revised Statutes* 51:1409 - *Unfair Trade Practices and Consumer Protection Law – Private Actions*.

¹⁸⁷ Voir: Alaska Stat. Ann. § 45.50.471(b); ARK. CODE ANN. §§ 4-88-107(a); COLO. REV. STAT. § 6-1-105(1)(a)–(ww) (2004); D.C. CODE ANN. § 28-3904(a)–(ee); GA. CODE ANN. § 10-1-393.1 (2000); IDAHO CODE ANN. § 48-603 (2003); IOWA CODE ANN. § 714.16(2)(b)–(n) (West 2003); MINN. STAT. ANN. § 325D.44(1) (West 2004); MISS. CODE ANN. § 75-24-5(2); OHIO REV. CODE ANN. § 1345.02(B)

¹⁸⁸ Sauf pour des dommages dans certain cas de publicité trompeuse ou mensongère (Lanham Act, title 15, chapter 22 of the USC).

¹⁸⁹ Voir plus haut à titre d'exemple les dispositions adoptées en Louisiane.

5.2 PAYS DE TRADITION CIVILISTE

A) L'Allemagne

L'Allemagne a été un précurseur, en Europe, en matière de droit de la consommation. Dès 1965, le législateur allemand adoptait la *Loi contre la publicité déloyale (Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, désignée ci-après *UWG*).

En 1971, le gouvernement fédéral allemand déposait le « rapport sur la politique de consommation ¹⁹⁰ », qui constatait que la « position de marché » du consommateur devait être améliorée et proposait notamment ce qui suit :

Mesure envisagée : Le gouvernement fédéral considère comme indispensable une protection efficace des consommateurs contre des conditions contractuelles inadéquates, qui concrétisent la poursuite abusive d'intérêts unilatéraux. Il consacrera donc à l'examen de ces questions une attention particulière...¹⁹¹

Ce rapport fut suivi, le 9 décembre 1976, par la *Loi sur le droit des conditions générales de vente (Das Gesetz zur Regeland des Rechts des Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, ci-après *AGBG*). Cette loi, qui ne limitait pas ses protections au seul contrat de consommation, protégeait aussi bien une personne physique qu'une personne morale à l'encontre des clauses contractuelles types pré-rédigées (clauses contractuelles standardisées). De nombreuses dispositions visent spécifiquement ce que le législateur nomme « les clauses inefficaces » (*unwirksame Klauseln*), une section de la loi prévoyant des dispositions de droit matériel, une autre celles de droit procédural¹⁹².

L'article 9 de l'*AGBG* énonce qu'une clause est nulle si, en violation du principe de bonne foi, elle est excessivement défavorable pour l'adhérent ou pour l'utilisateur. (La loi utilise le terme « inefficace », qui décrit l'effet qu'entraînera la reconnaissance de son caractère abusif : les clauses seront alors privées d'efficacité.) À ce principe général s'ajoute un « catalogue de clauses », soit une quarantaine de clauses, réparties en deux listes (articles 11 et 12) : une première liste, qui comprend des clauses présumées « inefficaces », la charge appartenant au stipulant de démontrer que, selon toutes les circonstances en l'espèce, la clause ne devrait pas être considérée comme « inefficace », et qui laissent au juge une faculté d'appréciation, et une seconde liste de clauses réputées « inefficaces », qui sont nulles et inopposables en tout état de cause. Contrairement au principe général, le catalogue de clauses ne peut être appliqué dans tous les cas – les exceptions incluent certains types de contrat (gaz et électricité peuvent être exclus), certaines personnes (personnes morales de droit public, par exemple, pour ce qui est du stipulant, et commerçant à qui on impose une telle clause), etc.

Pour ce qui est de l'articulation du principe général et du « catalogue » :

[...] la régularité des conditions générales d'affaires doit d'abord être appréciée au regard des §§ 10 et 11. Si les clauses incriminées ne figurent pas dans le « catalogue »,

¹⁹⁰ *Bericht der Bundesregierung zur Verbraucherpolitik*, Bundestags-Drucksache VI/2724.

¹⁹¹ Cité par Alfred RIEG, *République fédérale d'Allemagne*, in : *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 34, N° 3. Juillet-septembre. pp. 905-958.

¹⁹² Alfred RIEG, *République fédérale d'Allemagne*, les clauses abusives et le consommateur, in : *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 34, N° 3. Juillet-septembre. pp. 905-958.

il convient alors de procéder à un examen de régularité au regard du § 9. Ce même examen s'impose d'ailleurs au cas où les clauses figurent dans le « catalogue », mais sont considérées comme valables au regard des exigences posées par les §§ 10 et 11¹⁹³.

Ce système, qui allie une définition générale à une ou des énumérations de clauses spécifiques a également été adopté par la suite par d'autres pays européens et a inspiré la directive européenne¹⁹⁴.

Pour ce qui est de la définition elle-même de ces clauses dites « inefficaces », elle se présente ainsi :

§ 9 (1) Les dispositions des conditions générales d'affaires sont inefficaces lorsque, contrairement aux impératifs de la bonne foi, elles désavantagent le partenaire contractuel du stipulant de manière déraisonnable.

On remarquera avec intérêt l'approche adoptée par le législateur allemand en ce qui a trait à la qualification des clauses qu'il interdit, approche à laquelle fait écho celle qu'a adoptée le législateur québécois :

Le législateur allemand a renoncé à qualifier expressément d'abusives les clauses qu'il prohibe. Il ne faut cependant pas s'arrêter à la teneur littérale de la loi, ce qui est condamné correspond tout à fait aux clauses abusives au sens où l'entendent les autres législateurs (pays européens et Communauté européenne). Sur le fondement de la bonne foi contractuelle, ce texte prohibe les clauses qui désavantagent le cocontractant de manière déraisonnable, notamment en méconnaissant les principes généraux des lois ou en dénaturant le contrat¹⁹⁵.

L'action collective des associations de consommateurs a été introduite en Allemagne dès 1965 dans l'UWG ; ce modèle de contrôle a été transféré en 1976 dans l'AGBG. La loi reconnaît ainsi aux associations de consommateurs le droit d'ester en justice afin de faire déclarer « inefficaces » des clauses apparaissant aux contrats de consommation par le biais d'actions en cessation ou en rétractation : l'action en cessation s'exerce contre l'utilisateur des conditions générales et l'action en rétractation contre celui (une association de commerçants, par exemple) qui recommande l'utilisation des conditions générales à ses membres¹⁹⁶.

Ce droit d'ester en justice confié aux associations de consommateurs (et aux associations de commerçants) s'articule en Allemagne de façon particulière. Le contrôle judiciaire *a posteriori* est subordonné à l'action des regroupements qu'énumère la loi. Ainsi, le contractant qui veut contester une clause qu'il considère abusive ne doit pas « prendre directement le chemin du tribunal », mais se renseigner d'abord auprès d'une association. Ce sont les associations qui

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Benoît MOORE, *Les clauses abusives : Dix ans après*, Revue du Barreau, Tome 63, printemps 2003

¹⁹⁵ Kurt G. WEIL; Fabienne PUIS. Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives. Revue internationale de droit comparé. Vol. 46, N°1. Janvier-mars. pp. 125-140. http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1994_num_46_1_4814 (Page consultée le 25 septembre 2011).

¹⁹⁶ Alfred RIEG, République fédérale d'Allemagne, les clauses abusives et le consommateur, in : Revue internationale de droit comparé. Vol. 34, N° 3. Juillet-septembre. pp. 905-958.

vont entreprendre contre l'utilisateur des conditions abusives les recours visant à la cessation de leur utilisation.

Les jugements obtenus par ce biais jouiront de l'autorité de la chose jugée élargie : « toutes les conditions générales antérieures ou postérieures contenant les clauses sanctionnées peuvent être interdites sur le fondement du jugement de sanction : il n'y a pas interdiction judiciaire d'utiliser les conditions générales sanctionnées, mais le cocontractant reçoit une exception dont il peut invoquer le bénéfice en se prévalant du jugement¹⁹⁷. »

Le contrôle incident des clauses abusives reste possible dans le cadre d'un recours qui serait entrepris par un consommateur ; le jugement ainsi obtenu ne pourra toutefois bénéficier de l'application élargie.

Attendu que les recours entrepris par les associations doivent impérativement être précédés d'un avertissement au défendeur lui enjoignant de cesser d'utiliser la clause en litige. « Dans la pratique, le litige va souvent prendre fin après cet avertissement alors que l'utilisateur aura obtempéré en déclarant cesser d'utiliser les clauses illicites, son engagement étant garanti par une clause pénale venant à application en cas de violation de cet engagement¹⁹⁸. »

Lors de la transposition de la directive communautaire 93/13, le législateur a introduit une nouvelle disposition qui en étend le champ d'application¹⁹⁹. Cette nouvelle disposition permet, entre autres, pour les contrats de consommation, un contrôle de toutes les conditions contractuelles sauf si elles ont été introduites par le consommateur²⁰⁰.

L'*AGBG* a été abrogé en 2002, lors de la réforme du droit des obligations en Allemagne, et ses dispositions ont été intégrées sans changement de fond dans le Code civil²⁰¹.

Le concept de conditions générales d'affaires est défini dans l'article 305 alinéa 1 du BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), le Code civil allemand : « Les conditions générales d'affaires sont toutes les clauses contractuelles préformulées pour une multitude de contrats et qu'une partie (l'utilisateur) pose à l'autre partie du contrat lors de la conclusion d'un contrat ».

La législation a maintenu une clause générale — aujourd'hui l'article 307 BGB — et a réintroduit deux listes de clauses abusives conformes aux directives européennes et à la jurisprudence allemande — aujourd'hui les articles 308 et 309 du BGB. Les listes des articles 308 et 309 BGB et des annexes II et III du projet de directive ne sont pas identiques.

L'action en cessation ou l'action collective des groupements est encadrée, depuis l'abrogation de l'*AGBG*, par la *Loi sur les actions en cessation de 2001*, qui regroupe des dispositions sur différentes actions en cessation en matière de droit de la consommation et du droit économique, et qui transpose également la directive 98/27. L'action en cessation a été

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Art. 24a de l'*AGBG* (devenu art. 310(3) du BGB.).

²⁰⁰ Cabinet Adam-Caumeil, Avocats – Rechtsanwälte, *Conditions générales de vente en Allemagne*, <http://www.adam-caumeil-storp.com/anwaltskanzlei/pdf/geschaftsbedingungen.pdf> (Page consultée le 25 septembre 2011).

²⁰¹ Martin EBERS, *Analyse comparative. C. Directive relative aux clauses contractuelles abusives (93/13)*. In Compendium CE de Droit de la consommation. Universitat Bielefeld (2011). http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_fr_final.pdf (Page consultée le 25 septembre 2011).

beaucoup utilisée, mais, en raison de coupures de subvention aux organismes de consommateurs, ces associations émettent aujourd'hui plusieurs critiques selon lesquelles ce recours est devenu illusoire vu leurs ressources financières insuffisantes²⁰².

B) La France

La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services (dite « loi Scrivener »)²⁰³ a introduit dans le droit français la notion de clause abusive dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs²⁰⁴.

Le texte de l'article 35 de cette loi disposait que de telles clauses pouvaient être interdites, limitées ou réglementées par décrets, pris en Conseil d'État, lorsqu'elles apparaissaient imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de puissance économique de l'autre partie et conférant à cette dernière un avantage :

Art. 35. -

Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'État pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif.

De telles clauses abusives, stipulées en contradiction avec les dispositions qui précèdent, sont réputées non écrites.

Ces dispositions sont applicables aux contrats quels que soient leur forme ou leur support. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets, tickets contenant des stipulations ou des références à des conditions générales préétablies.

Les décrets ci-dessus peuvent, en vue d'assurer l'information du contractant non professionnel ou consommateur, réglementer la présentation des écrits constatant les contrats visés au premier alinéa.

²⁰² Olivier REMIEN, *La politique à l'égard des consommateurs de l'Allemagne comparativement à celle des autres États membres de l'Union Européenne*, contributions du colloque "La Commission des clauses abusives en action : 30ème anniversaire".

http://ec.europa.eu/consumers/reports/nat_folder/rappde_fr.pdf (Page consultée le 25 septembre 2011).

²⁰³ Loi N° 78-23 du 10 janvier 1978, *Loi sur la protection et l'information du consommateur de produits et de services*.

²⁰⁴ La loi portait aussi sur les mesures relatives à la santé et à la sécurité des consommateurs, la répression des fraudes et falsifications en matière de produits ou de services, la qualification des produits, et la publicité fautive ou de nature à induire en erreur.

Malheureusement en 17 ans d'existence, un seul décret a été pris en vertu de cette disposition²⁰⁵. Ce système fut qualifié d'échec par plusieurs commentateurs, car trop complexe.

La Cour de cassation, dans l'*arrêt Kodak* du 14 mai 1991²⁰⁶, estima que l'article se suffisait à lui-même et que si, dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, apparaissaient des clauses révélant un déséquilibre au détriment du consommateur, le juge pouvait intervenir et les déclarer non écrites malgré l'absence d'un décret.

i) Code de la consommation

La *Loi du 26 juillet 1993*²⁰⁷ et le *Décret du 27 mars 1997*²⁰⁸ ont codifié respectivement la partie législative et la partie réglementaire du droit de la consommation. Le code de la consommation ne constitue qu'une simple compilation des textes législatifs et réglementaires existants, repris sans modifications de fond ou de forme. Il faut quand même souligner l'effort du législateur pour mettre dans un même code un grand nombre de mesures qui apparaissent dans des lois différentes, la dispersion rendant la défense des droits du consommateur très complexe pour un non-spécialiste²⁰⁹.

Loi n° 95-96 du 1er février 1995

Le 5 avril 1993, la CEE adopta la *directive CEE n° 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*²¹⁰, dont les articles 3 et 4 se lisent comme suit :

Article 3

Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat.

[...]

²⁰⁵ *Décret du 24 mars 1978 (N° 78-464) relatif notamment au droit à réparation ou de modification unilatérale du contrat.*

²⁰⁶ Cass. 1° civ, 14 mai 1991, Bull. civ. 1, N° 153 ; D. 1991 p. 449.

²⁰⁷ *Loi N° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation.*

²⁰⁸ *Décret N° 97-298 du 27 mars 1997 relatif au Code de la consommation.*

²⁰⁹ Voici quelques-uns des textes législatifs qui ont été codifiés : la *loi de 1972 relative au démarchage et à la vente à domicile*; *Loi de 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat*; *lois N° 78-22 et 78-23 de 1978 relatives au crédit à la consommation et aux clauses abusives*; *loi de 1979 sur le crédit immobilier*; *loi de 1988 sur la vente à distance*; *loi du 31 décembre 1989 (dite Loi Neiertz) sur le surendettement, telle que refondue notamment par la loi du 8 février 1995*; *loi du 18 janvier 1992 sur la publicité comparative*¹³; *loi de 1998 relative à la lutte contre les exclusions*; *lois de 2003 instituant le rétablissement personnel et sur l'initiative économique*; *loi de 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*; *loi de 2005 tendant à renforcer la confiance et la protection du consommateur*; *ordonnances du 17 février 2005 transposant en droit français la directive du 25 mai 1999 relative à la garantie de conformité dans la vente*, *ordonnances du 23 mars 2006 relative aux sûretés et réglementant le crédit garanti par une hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*; *ordonnances 12 avril 2007 transposant la directive du 21 avril 2004 relative aux marchés d'Instruments financiers (dite "directive MIF")*.

²¹⁰ *Directive N° 93/13/CEE du 5 avril 1993 (J.O.C.E. N° L.95 du 21 avril 1993).*

Article 4

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

2. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible²¹¹.

Pour ce qui est de l'effet de la détermination du caractère abusif d'une clause, la directive prévoit :

Article 6

1. Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives.

2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres.

La France étant tenue d'incorporer dans sa législation un dispositif prohibant de façon générale l'usage de clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, les dispositions de la loi de 1978 ont été réformées par la *loi n° 95-96 du 1er février 1995*²¹². Le législateur français en a profité pour y intégrer les principes retenus par la Cour de cassation dans l'*arrêt Kodak*. Allant plus loin que ce que prévoyait la directive de la CEE, *loi n° 95-96* s'applique que les stipulations contractuelles soient « négociées librement ou non ».

Cette loi ne rompt pas totalement avec le mécanisme instauré par la loi de 1978, puisqu'est maintenue la possibilité d'une intervention du pouvoir exécutif. L'art. 132-1 énonce que des décrets du Conseil d'État peuvent déterminer des types de clauses qui devaient être considérées comme abusives.

Art. 1er. - L'article L. 132-1 du code de la consommation est ainsi rédigé:

Art. L. 132-1. - Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

²¹¹ L'article 5 énonce pour sa part : [...] En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut.

²¹² Loi N° 95-96 du 1er février 1995, J.O. du 2 février.

Des décrets en Conseil d'État, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 132-2, peuvent déterminer des types de clauses qui doivent être regardées comme abusives au sens du premier alinéa.

Une annexe au présent code comprend une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa. En cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause.

[...]

[...] caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre.

Les clauses abusives sont réputées non écrites.

L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert.

Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public.

En annexe au *Code de la consommation* apparaît une liste, indicative et non exhaustive, de telles clauses, la preuve du caractère abusif reposant par contre toujours sur le consommateur.

Avec cette réglementation, le consommateur n'a plus à prouver l'abus de puissance économique du commerçant, car le texte « *un abus de puissance économique de l'autre partie* » a été remplacé par un « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.* »

Cette loi présentait cependant 2 lacunes importantes :

- 1) Le fardeau de prouver le caractère abusif de la clause reposait toujours sur consommateur;
- 2) Certaines clauses abusives reviennent très souvent dans les contrats de consommation; les tribunaux doivent être saisis à la pièce, à chaque fois qu'une de ces clauses est décelée.

iii) Loi n° 2008-776 du 4 août 2008

Ces problèmes ont conduit à la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (1) (dite loi L.M.E)²¹³.

Ce changement législatif a modifié comme suit l'article L. 132-1 du Code de la consommation :

²¹³ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (1).

- Création d'une liste de clauses qui sont présumées abusives (dite : liste grise); en cas de litige, le professionnel devra apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse (donc renversement du fardeau de preuve au bénéfice du consommateur);
- Création d'une liste de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être réputées abusives (dite : liste noire)²¹⁴.

Il existe désormais 12 clauses dans la liste noire, et 10 clauses dans la liste grise.

D'autres clauses qui ne font pas partie de ces listes peuvent aussi se révéler abusives. Il reviendra au consommateur la charge d'apporter la preuve du caractère abusif de la clause qu'il conteste à ce titre.

L'article L. 132-2 du *Code de la consommation* n'ayant pas été modifié, la Commission des clauses abusives est toujours responsable d'établir ses recommandations.

iv) Action en justice par les associations de consommateurs

La Loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs a créé la possibilité pour des associations « qualifiées » d'intenter certains recours dans l'intérêt de leurs membres²¹⁵.

Cette loi, codifiée, a été modifiée à plusieurs reprises, notamment en 1998 suite à l'adoption, par le Conseil européen de la *directive 98/27 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs*²¹⁶.

²¹⁴ Loi N° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (1), Article 86.

I. – Les deuxième et troisième alinéas de l'article L. 132-1 du code de la consommation sont ainsi rédigés : « Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 132-2, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse.

« Un décret pris dans les mêmes conditions détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa. »

²¹⁵ Voir les L.421-1 à 421-6 et suivants à l'annexe 1.

²¹⁶ *Directive 98/27 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs* Journal officiel N° L 166 du 11/06/1998 p. 0051 – 0055. La *directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs* comprenait déjà une disposition dans ce sens : Article 7

1. Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel.

2. Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses.

3. Dans le respect de la législation nationale, les recours visés au paragraphe 2 peuvent être dirigés, séparément ou conjointement, contre plusieurs professionnels du même secteur économique ou leurs associations qui utilisent ou recommandent l'utilisation des mêmes clauses contractuelles générales, ou de clauses similaires.

Les articles L.421-1 à L.421-5 permettent aux associations de consommateurs agréées d'agir en justice en exerçant les droits reconnus à la partie civile « relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs » (art. L.421-1). L'objet de l'action civile est essentiellement répressif et vise autant la condamnation du professionnel à l'origine de l'infraction pénale (L.421-2) que l'obtention de dommages et intérêts au titre de la réparation du préjudice collectif (L.421-1).

Chapitre Ier - Action exercée dans l'intérêt collectif des consommateurs

Section 1 - Action civile

[...]

Art. L.421-2 - *Les associations de consommateurs mentionnées à l'article L. 421-1 et agissant dans les conditions précisées à cet article peuvent demander à la juridiction civile, statuant sur l'action civile, ou à la juridiction répressive, statuant sur l'action civile, d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite.*

En matière de clauses abusives, une association de consommateurs qualifiée peut aussi exercer une action en cessation (art L. 421-6²¹⁷) afin d'obtenir qu'un juge ordonne la suppression d'une clause illicite ou abusive dans un modèle de contrat d'adhésion proposé au consommateur.

Art. L.421-6 - *Les associations mentionnées à l'article L. 421-1 peuvent demander à la juridiction civile d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression de clauses abusives dans les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs et « dans ceux destinés aux consommateurs et proposés par des organisations professionnelles à leurs membres »*

Cette action a la particularité d'être de nature préventive. Les associations de consommateurs peuvent agir à titre principal, c'est-à-dire sans qu'un consommateur ait saisi préalablement la justice d'une demande d'action; elles peuvent agir sans avoir à établir que la ou les clauses abusives d'un contrat donné ont porté atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs;

L'action en suppression ne peut porter que sur les clauses abusives des contrats pré-rédigés (contrats d'adhésion), que le consommateur ne peut négocier²¹⁸. Par ailleurs, elle ne vise pas les pratiques abusives²¹⁹ et le jugement ne s'applique qu'aux contrats du professionnel pour lesquels la suppression est demandée.

L'association exerçant l'action en suppression des clauses abusives peut obtenir également des dommages et intérêts au titre de la réparation du préjudice collectif²²⁰.

²¹⁷ Voir les L.421-1 à 421-6 et suivants à l'annexe 1.

²¹⁸ T.G.I., La Roche s/ Yon, 5 septembre 1991, INC N° 2342.

²¹⁹ T.G.I., Paris, 16 avril 1991, INC N° 2300.

²²⁰ C.A., Grenoble, ch. urg., 13 juin 1991, JCP 1992, II, 21819.

C) Les Pays-Bas

Aux Pays-Bas, le droit des obligations a comme prémisses fondamentales, non pas la liberté contractuelle, mais « la raison et l'équité ».

Tout en évoluant depuis un quart de siècle vers une culture d'affaires anglo-saxonne, la Hollande demeure en effet à bien des égards un pays de tradition juridique française. C'est néanmoins dans les années 1990 que le lien avec l'héritage du Code civil français (CC) a été rompu par l'introduction - progressive - d'un nouveau code civil [Nieuw Burgerlijk Wetboek] (NBW) en remplacement du Burgerlijk Wetboek (BW). [...]

[Le NBW a remplacé les notions de bonne foi et d'équité des articles 1134 et 1135 du Code civil] par une notion à la fois traditionnelle, de longue date utilisée par la jurisprudence, et nouvelle, par l'usage généralisé qui en est fait dans le nouveau code. Il s'agit de la notion de 'redelijkheid en billijkheid' - raison et équité – unanimement présentée et utilisée comme une entité indissociable ('hendiadys' – en grec : un par deux)²²¹.

Cette notion va se manifester explicitement à plusieurs endroits dans le Code civil néerlandais de 1992. Par exemple, « la clause d'un contrat qui entre en conflit avec les exigences de la raison et de l'équité n'est pas applicable »²²²; « le créancier et le débiteur sont tenus de se comporter l'un envers l'autre suivant les exigences de la raison et de l'équité »²²³; « les exigences de la raison et de l'équité peuvent suppléer à l'obligation ou bien la restreindre »²²⁴. Vu la particularité de la chose, citons ici les articles 3 :11 et 3 :12, qui se retrouvent au troisième Livre du NBW (qui traite du droit patrimonial) et qui donnent des définitions de la bonne foi ainsi que de la raison et de l'équité, définitions qui s'appliquent au droit des biens tout comme au droit des obligations :

3: 11 – La bonne foi d'une personne, exigée pour qu'existe une quelconque suite juridique, ne fait pas seulement défaut, si elle connaissait les faits ou le droit sur lesquels sa bonne foi devait porter, mais si, en l'occurrence, elle devait les connaître. L'impossibilité de procéder à une vérification n'empêche pas celui qui avait de bonnes raisons de douter d'être tenu comme quelqu'un qui aurait dû connaître les faits ou le droit en question.

3: 12 – Pour la détermination des exigences de la raison et de l'équité, il convient de prendre en compte les principes de droit généralement reconnus, les convictions de droit existant aux Pays-Bas ainsi que les intérêts sociétaux et personnels du cas d'espèce.

La portée de ces articles a été interprétée comme suit :

La notion de bonne foi est utilisée à l'article 3: 11 comme pouvant conditionner la validité d'actes juridiques patrimoniaux lesquels font l'objet du Livre 3. Il s'agit, à cet égard, de la

²²¹ Arnaud INGEN-HOUSZ. *Du CC aux BW et NBW hollandais : À propos de la règle déterminante de 'la raison et l'équité'* Courbevoie (2004).

²²² Art. 6:2 al. 2 Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW).

²²³ Art. 6:2 al. 1 NBW.

²²⁴ Art. 6:248 NBW. D'après Arnaud Ingen-Housz, *op. cit.*, la terminologie de la raison et de l'équité ou des expressions voisines reviennent dans une petite centaine d'articles du NBW.

bonne foi dite subjective (car incluant ce qu'une personne aurait dû savoir ou vérifier), particulièrement importante en matière du droit des biens.

En revanche, la notion de la raison et d'équité telle qu'utilisée dans le NBW a, dans la ligne d'une jurisprudence établie depuis longtemps, une valeur dite objective. Les trois curseurs figurant à l'article 3: 12 obligent le juge à se prononcer sur la source de droit non écrit dans laquelle il aura puisé en cas de recours aux critères de la raison et de l'équité²²⁵.

Par ailleurs, le droit néerlandais accepte aussi les notions d'imprévision²²⁶ et de lésion²²⁷ comme motifs de résiliation, de révision, ou de modification d'un contrat.

Dans le droit néerlandais, la notion de contrat d'adhésion n'existe pas. On y utilise plutôt la notion de conditions générales, définies comme étant des stipulations accessoires (qui doivent être rédigées de façon claire et compréhensible²²⁸).

Dans la pratique, toutes les stipulations d'un contrat sont considérées comme des conditions générales à l'exception de la désignation précise de la chose ou du service à fournir et du prix à payer²²⁹.

La réglementation des conditions générales oblige le commerçant ou le professionnel à donner ou fournir l'ensemble des clauses générales avant ou au moment de la conclusion du contrat, sans quoi ces clauses sont annulables²³⁰. Si l'information offerte par le commerçant ou le professionnel est incomplète ou inexacte, le contrat est annulable.

Les dispositions qui régissent le contrat sont d'ordre public²³¹.

i) Les clauses abusives

La directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs a été intégrée dans le Code civil néerlandais²³². Si la réglementation, malgré la directive, ne couvre que les clauses standardisées des contrats pré-rédigés, d'autres règles juridiques permettent de contrôler les clauses abusives. On reproche par ailleurs aux Pays-Bas (comme à la République tchèque, à la Lettonie et à la Roumanie) de partir « du principe selon lequel les clauses abusives sont valables, à moins que le consommateur n'invoque leur caractère abusif. Ceci est en contradiction avec les principes énoncés par la CJCE qui, dans les affaires *Océano*, *Cofidis* et *Mostaza Claro*, a indiqué clairement que le caractère abusif peut être retenu d'office par le tribunal saisi²³³. »

²²⁵ Arnaud INGEN-HOUSZ. *Du CC aux BW et NBW hollandais : À propos de la règle déterminante de 'la raison et l'équité'*. Courbevoie (2004).

²²⁶ Art. 6:258 NBW.

²²⁷ Art. 6:230 NBW.

²²⁸ Art. 6:231 NBW.

²²⁹ Dr. Diana DANKERS-HAGENAARS, *Les contrats du consommateur, Rapport Néerlandais*, Journées colombiennes, 24 – 28 SEPTEMBRE 2007.

²³⁰ Art. 6:231 et suivants NBW.

²³¹ Art. 7:6 NBW.

²³² Les articles 6:238, 6:231 et 6:240 NBW.

²³³ Martin EBERS. *Union Européenne. Compendium de Droit de la consommation. Analyse comparative*. C. Directive relative aux clauses contractuelles abusives (2008).

Le droit néerlandais assimile les clauses abusives à des clauses « anormalement onéreuses », c'est-à-dire désavantageuses pour le cocontractant. Ce désavantage peut être pécuniaire, mais aussi immatériel.

Une partie peut faire annuler les clauses générales « anormalement onéreuses »²³⁴. Cette réglementation n'est pas limitée aux consommateurs : les transactions entre consommateurs et celle entre particuliers sont aussi visées.

Lors du contrôle du caractère anormalement onéreux, le juge doit déterminer : 1) si la condition est onéreuse; et 2) si elle est tellement onéreuse que c'est anormal.

L'utilisation du mot « anormal » nous indique qu'il y a un certain « niveau de normalité » au-delà duquel la clause désavantageuse pour le consommateur devient annulable. Ce seuil sera fonction d'un certain nombre de critères dont :

- la nature du contrat;
- les autres clauses du contrat;
- la façon dont la clause a été introduite dans le contrat;
- Si elle a été négociée ou non;
- S'il y a réciprocité ou non des prestations;
- et toutes autres circonstances²³⁵.

Le juge tiendra aussi compte de la qualité des parties, de leur niveau d'expertise, de leur éducation ou de toute autre circonstance : une clause qui est anormalement onéreuse pour un consommateur ne le sera pas nécessairement pour un professionnel. Il appartient à celui qui entend faire déclarer abusive une clause contractuelle de faire la démonstration que la clause est anormalement onéreuse²³⁶.

Par ailleurs, les conditions générales ambiguës doivent être interprétées contre celui qui les a rédigées (*contra proferentem*)²³⁷.

Le Code civil néerlandais a deux listes de clauses qui sont jugées ou qui sont présumées être anormalement onéreuses, une liste noire (présomption irréfragable)²³⁸ et une liste grise (présomption simple)²³⁹.

ii) La défense collective des droits

Les Pays-Bas connaissent deux sortes d'actions collectives : le droit d'action collective²⁴⁰ général et la procédure spéciale pour le règlement de préjudices de masse.

iii) Le droit d'action collective

Une fondation ou une association peut introduire une requête pour la défense des intérêts d'autrui. Ces intérêts doivent être compris dans les statuts de cette fondation ou association. Si

²³⁴ Art. 6:233 NBW.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Art. 150 du Code de la Procédure Civile.

²³⁷ Art. 6:238 al 2 NBW.

²³⁸ Art. 6:236 NBW.

²³⁹ Art. 6:237 NBW.

²⁴⁰ Art. 3:305a et suivants du Code civil.

un groupe est constitué spontanément pour la défense commune d'intérêts, il devra faire enregistrer ses statuts par le biais d'un acte notarié.

Les requêtes ne peuvent avoir comme objet l'obtention de dommages et intérêts. En effet, l'action collective néerlandaise ne porte pas sur l'indemnisation du groupe de membres lésés. L'action collective néerlandaise a plutôt pour objet de forcer l'exécution ou pour demander l'annulation ou la modification d'un contrat. Il sera aussi possible de demander la restitution pour cause de paiement indu²⁴¹.

Il sera toutefois possible de demander au juge, dans le cadre d'une action collective, une déclaration d'illégitimité ou de responsabilité civile qui pourra par la suite être utilisée soit dans des actions individuelles, soit dans un règlement de préjudice de masse.

Le droit d'action collective est peu utilisé, en raison, notamment, des coûts qui se rattachent à de telles procédures et du fait que l'obtention d'un dédommagement n'est pas permise par la loi²⁴².

iv) Le règlement collectif des dommages de masse

Depuis peu, le droit néerlandais connaît une procédure judiciaire de représentation collective des intérêts individuels. La *Loi instituant les actions en nom collectif (Loi sur le règlement collectif des dommages de masse (Wet collectieve afwikkeling massaschade))* institue une procédure qui correspond, en gros, au recours collectif (*class action*). Cette loi, intégrée au Code civil, a comme but de rendre possible la conclusion d'une transaction entre celui ou ceux qui ont causé ou qui causent des dommages et une organisation qui défend les intérêts des victimes.

Le Code civil prévoit une longue liste d'exigences que doivent respecter ces contrats²⁴³ et il appartiendra au juge de vérifier leur conformité et de le déclarer, le cas échéant, d'application générale²⁴⁴. Le remède recherché par cette procédure est l'obtention de dommages et intérêts. Contrairement à ce qui est prévu pour les actions collectives, la représentativité du groupe est requise dans le cas des procédures de règlement collectif des dommages de masse²⁴⁵.

v) Les procédures devant les Commissions de contentieux avec les consommateurs

Aux Pays-Bas, les procédures extrajudiciaires alternatives que constitue le recours aux Commissions de contentieux avec les consommateurs (*Geschillencommissies*) sont des très utilisées (12 000 plaintes en 2006 et 5 000 décisions rendues²⁴⁶).

Ces commissions tirent leur légitimité du Code civil, qui encourage le dialogue entre les consommateurs et le commerçant ou le professionnel²⁴⁷. Il s'agit d'un forum bipartite où siègent un président, un représentant des consommateurs et un représentant d'un secteur de l'économie²⁴⁸, soit, en règle générale, un délégué de l'une des commissions sectorielles, qui

²⁴¹ Art. 6:271 Cc.

²⁴² Dr. Mirjam FREUDENTHAL, *Le droit du consommateur, Thème 4 : Le consommateur et le procès*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées colombiennes (24-28 septembre 2007).

²⁴³ Art. 7:907, alinéa 2, Cc.

²⁴⁴ *Ibid.* alinéa 1, Cc.

²⁴⁵ Art. 3:305 Cc.

²⁴⁶ Thom van MIERLO, *Consumer Protection on the Single Market: Self-Regulation for Dating Services*.

²⁴⁷ Articles 6:231-247 Cc.

²⁴⁸ Thom van MIERLO, *Consumer Protection on the Single Market: Self-Regulation for Dating Services*

recouvrent un grand nombre de secteurs d'affaires tels : les affaires bancaires; les postes et télécommunications; les entreprises d'utilité publique dans le secteur de l'énergie, les transports publics (chemins de fer); la construction et les matériaux de construction, etc. En 2008, il existait 28 commissions sectorielles, qui font toutes partie de la Fondation des commissions de plaintes de consommateurs (*Stichting Geschillencommissies voorconsumentenzaken*: SGC)²⁴⁹. Ces commissions sont essentiellement de droit privé et financées par le milieu des affaires et par les frais de greffe, mais le gouvernement participe aussi à leur financement par le biais de subventions.

La procédure est simple : le consommateur doit, dans un premier temps, tenter de régler le litige avec le commerçant ou le professionnel concerné. Si cette démarche n'est pas fructueuse, la plainte sera portée devant une Commission de contentieux.

Ces commissions feront d'abord enquête et feront à cet effet parvenir aux deux parties un questionnaire en vue de bien cerner le litige. Par la suite, une audition pourra avoir lieu. La représentation par avocat n'est pas nécessaire. Ces commissions peuvent entendre des témoins, mais comme il s'agit normalement d'experts dans leurs domaines, la présence d'experts externes y est assez rare. Les décisions de ces commissions sont exécutoires.

Par ailleurs, pour la formation d'une commission sectorielle, il doit y avoir une association des gens d'affaires dans le domaine visé, dont les membres s'engagent à respecter les décisions des commissions. Donc, dans l'éventualité où un commerçant refuserait de respecter une décision, l'association devra fournir le produit ou le service ou forcer le membre récalcitrant à se conformer à la décision rendue.

Les décisions de ces commissions sont protégées par une clause privative et le contrôle judiciaire, bien que possible, se limitera à une vérification du caractère raisonnable de la décision, selon un fardeau de preuve très élevé : le tribunal n'interviendra que si la décision est *manifestement* déraisonnable.

Les coûts pour le consommateur sont minimes et s'il a gain de cause, le commerçant aura normalement à rembourser les frais de greffe.

Ces commissions entendent souvent des causes où les montants en jeu n'auraient pas justifié la judiciarisation du litige²⁵⁰.

²⁴⁹ E. KATSH: *The Data Highway Of Health Or Commerce Or Education Can Be The Source Of As Much Litigation As The Paved Highways Of The Physical World.* " Law In A Digital World.

²⁵⁰ The Netherlands - Consumer policy institutions - Consumer policy institutions and Consumer policies. (2011) Disponible sur le site de European Commission – Consumer Affairs http://ec.europa.eu/consumers/overview/country_profile/NL_web_country_08profile.pdf (Page consultée le 25 septembre 2011); voir aussi : Sociaal-Economische Raad. *Les tâches du SER* <http://www.ser.nl/fr/sur%20le%20ser/les%20taches.aspx> (Page consultée le 25 septembre 2011).

D) Le Brésil

Après une longue suite de gouvernements autoritaires et dans « l'euphorie du retour à la démocratie après vingt ans d'une dictature assez féroce suscitée par les États-Unis durant la guerre froide²⁵¹ », une nouvelle constitution a été ratifiée le 5 octobre 1988 en vue de « poser les jalons d'une société nouvelle qui soit à la fois libérale et sociale, ou pour employer le vocabulaire ayant la préférence des Brésiliens, libérale et solidaire²⁵². » Au cœur de cette Constitution (ci-après : la *Charte citoyenne*), la dignité humaine est reconnue comme un principe fondamental de la République. La solidarité sociale, l'égalité et la protection de la personne sont promues au rang de droits et de garanties fondamentaux.

La *Charte citoyenne* édicte, à son article 5 : « l'État doit promouvoir, selon les formes de loi, la défense du consommateur²⁵³ ». En conséquence, le Brésil s'est doté, dès le 11 septembre 1990, d'un *Code de défense du consommateur*²⁵⁴ (ci-après : le *Cdc*).

De plus, le Brésil a adopté un nouveau *Code civil*, publié en janvier 2002, qui s'inspire à plusieurs égards du *Cdc*²⁵⁵ et « applique presque à la lettre les principes constitutionnels tels qu'ils sont inscrits dans la constitution et tels qu'ils sont interprétés par les juristes et les hommes politiques²⁵⁶ », même si, dans sa structure, il suit essentiellement la codification de 1916.

Quant au contenu de ses normes, l'innovation la plus valorisée du Code Civil de 2002 se trouve dans le changement de la technique législative employée dans le traitement des relations privées. Inspiré des exemples fournis par les statuts plus récents, le législateur emploie les clauses générales, abdiquant la technique réglementaire qui, sous l'égide de la codification, définit les types juridiques et les effets qui en découlent. Il revient à l'interprète de faire ressortir des clauses générales les incidentes fonctions qui se reflètent sur d'innombrables situations futures, dont quelques-unes n'ont même pas été prises en compte par le législateur, mais qui sont cependant soumises au traitement législatif prétendu, du fait qu'elles s'insèrent dans certaines situations-standards : la typification formelle donne lieu à des clauses générales, globales et ouvertes²⁵⁷.

²⁵¹ Michel FROMONT, *L'influence de la Constitution sur le Code civil au Brésil*, La Lettre du CFDC, N° 58, octobre 2008, p. 6.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ Art. 5. Tous sont égaux devant la loi; est garantie à tout Brésilien et à tout étranger résidant au Brésil l'inviolabilité du droit à la vie, à la liberté, à l'égalité, à la sûreté et à la propriété, selon les termes suivants :

[...] XXXII - l'État doit promouvoir, selon les formes de loi, la défense du consommateur; voir aussi : Art. 170. V) : « l'ordre économique, fondé sur l'exploitation du travail humain et la libre entreprise, vise à assurer à chacun une vie digne, selon les préceptes de la justice sociale, sur les principes suivants : [...] V -- la protection des consommateurs; ».

²⁵⁴ Code de défense du consommateur, loi N° 8.078/90.

²⁵⁵ Fernando HINESTROSA, *Les contrats du consommateur*, Rapport brésilien pour l'Association Henri Capitant, Journées colombiennes 2007, p. 23; à ce sujet il est intéressant de noter les similitudes au chapitre de la résolution du contrat en présence d'une disproportion excessive entre les prestations réciproques des parties.

²⁵⁶ Michel FROMONT, *L'influence de la Constitution sur le Code civil au Brésil*, La Lettre du CFDC, N° 58, octobre 2008, p. 6.

²⁵⁷ Gustavo TEPEDINO et Anderson SCHREIBER. *Culture et droit civil : rapport brésilien*. In Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome LVIII – Droit et culture : journées louisianaises (19-23 mai 2008), Bruxelles : Bruylant 2010, pp. 87-98.

L'article 1 du *Cdc*, nous informe que : « Ce code établit les normes de la protection et de la défense du consommateur, d'ordre public et d'intérêt social »²⁵⁸. Cette notion d'*intérêt social* va se retrouver au cœur de la réglementation qui touche les contrats de consommation.

L'article 4 énumère les objectifs qu'avait le législateur en élaborant le *Cdc*. On y retrouve : le devoir d'agir avec transparence entre les contractants, le devoir d'agir équitablement, la volonté de combler les besoins des consommateurs, le respect de leur dignité, de leur santé et de leur sécurité, la protection de leurs intérêts économiques, l'amélioration de leur qualité de vie et l'harmonie dans les rapports de consommation²⁵⁹.

Au Brésil, le principe de la liberté contractuelle ne joue pas un rôle central dans les contrats de consommation, contrairement à ce qui est le cas dans le domaine de la théorie classique des contrats. Au contraire, le *Cdc* définit des normes contractuelles qui sont d'ordre public. La prémisses la plus importante dans les rapports de consommation n'est pas la volonté des parties, mais plutôt l'intérêt social²⁶⁰.

À son article 2, le *Cdc* définit ainsi le consommateur : « le consommateur est toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise un produit ou un service en tant que destinataire final ». Ainsi le *Cdc* élargit la notion de consommateur à l'entrepreneur ou au commerçant s'il est le destinataire final de la marchandise ou du service.

Le droit de la consommation brésilien définit le contrat de consommation comme un contrat qui a une fonction sociale. Le principe de la fonction sociale du contrat impose naturellement des restrictions à la liberté contractuelle, puisque selon l'article 421 du Code civil, « la liberté de contracter s'exerce en raison et dans les limites de la fonction sociale du contrat ». Le moment de la manifestation de la volonté importe moins que les effets que le contrat produit au sein de la société, compte tenu de la condition sociale et économique des parties. Le principe de la fonction sociale du contrat a même été érigé en norme d'ordre public et d'intérêt social²⁶¹, ce qui implique que le juge peut l'appliquer d'office à tout stade du litige, sans qu'il soit nécessaire qu'une des parties invoque expressément ce moyen. Loin de se cantonner à l'examen du processus de formation du contrat, le juge examinera aussi le contrat sous l'angle de la lésion et de l'imprévision.

La règle de l'imprévision est acceptée dans le droit brésilien. Le *Code civil* permet à une des parties au contrat de demander la résolution ou la modification d'un contrat lorsque son exécution devient excessivement onéreuse pour elle, du fait d'évènements extraordinaires ou imprévisibles²⁶². Pour sa part, le *Cdc* n'oblige pas à démontrer l'imprévisibilité, le

²⁵⁸ Art. 1 *Code de protection des consommateurs* (loi n° 8.078/90) : « Le présent Code établit les normes de protection et de la défense des consommateurs, l'ordre public et l'intérêt social, conformément à l'art. 5, point XXXII, 170, alinéa V de la Constitution fédérale et l'art. 48 des dispositions transitoires.

²⁵⁹ Art. 4, *Code de protection des consommateurs* : (loi n° 8.078/90) : " Les relations nationales de la consommation visent à répondre aux besoins des consommateurs, le respect de leur dignité, la santé et la sécurité, la protection de leurs intérêts économiques, d'améliorer leur qualité de vie, ainsi que la transparence et l'harmonie des relations de la consommation, a examiné les principes suivants : (rédaction par la loi N° 9008, du 21.3.1995).

²⁶⁰ Fernando HINESTROSA, *Les contrats du consommateur*, Rapport brésilien pour l'Association Henri Capitant, Journées colombiennes 2007.

²⁶¹ Art. 2035 du Code civil.

²⁶² Art. 478. Dans les contrats d'exécution continue ou différée, si la prestation d'une des parties devient excessivement onéreuse, et avantage l'autre partie de façon extrême, en raison d'évènements

consommateur n'a qu'à démontrer qu'une clause est excessivement onéreuse et qu'il y a une disproportion entre les avantages que tirent les cocontractants de leurs prestations respectives²⁶³.

Tant le *Code civil*²⁶⁴ que le *Cdc*²⁶⁵ prescrit que l'interprétation du contrat est toujours contre la partie qui a rédigé le contrat. De plus, le *Cdc* établit des règles impératives par rapport à la rédaction des contrats d'adhésion.

Les articles 51 à 53 du *Cdc* relatifs aux clauses abusives prévoient que sont réputées nulles de plein droit les clauses qui créent pour le consommateur des obligations incompatibles avec la bonne foi ou l'équité.

Les clauses abusives sont celles qui créent un déséquilibre entre les parties, d'où la rigueur du législateur dans la sévérité des sanctions prévues (des peines de prison allant jusqu'à deux ans sont même prévues concernant la publicité mensongère). Le *Cdc* protège le consommateur, concernant les clauses abusives, dans tous ses rapports contractuels, et pas seulement dans les contrats d'adhésion.

Par ailleurs, le *Cdc* prévoit aux alinéas 1 à 16 de l'art. 51 une liste non exhaustive de clauses réputées abusives (« liste noire »). L'effet de l'inclusion d'une clause abusive dans tout contrat de consommation est la nullité de cette clause, si cela ne porte pas atteinte à l'objet même du contrat, sinon le juge à une grande latitude pour trouver un remède « adéquat et effectif »²⁶⁶.

Il existe aussi un système de protection précontractuelle en matière de consommation. L'article 39 du *Cdc* prévoit que certaines clauses peuvent être déclarées abusives même si elles sont extérieures au contrat et précontractuelle, c'est-à-dire si elles se présentent pendant la phase des négociations. Cet article est accompagné d'une liste d'exemples de pratiques qui seront considérées comme abusives si elles sont utilisées pendant la phase précontractuelle. Il faut souligner que la publicité est considérée comme faisant partie de la négociation précontractuelle. Donc cette protection s'apparente aux vices de consentement, car ils faussent la transparence du processus de formation du contrat.

Le *Cdc* illustre de plus par différentes autres dispositions la nécessité de l'équilibre dans le contrat. L'article 157, par exemple, prévoit que, s'il y a lésion, c'est-à-dire « qu'une des parties, par nécessité ou par inexpérience, s'oblige à fournir une prestation manifestement disproportionnée », le juge peut « inviter les parties à renégocier et aussi prononcer lui-même la résolution du contrat²⁶⁷. »

extraordinaires et imprévisibles, le débiteur pourra demander la résiliation du contrat. Les effets du jugement rétroagiront à la date de la prestation.

²⁶³ Art. 6 du *Cdc* : « sont des droits fondamentaux du consommateur : V - la modification des clauses contractuelles qui établissent ou accordent des avantages disproportionnés en raison d'événements ultérieurs qui les rendent trop onéreuse.

²⁶⁴ Art. 423 *Code civil*.

²⁶⁵ Art. 47 *Cdc* : « Les clauses contractuelles doivent être interprétées d'une manière plus favorable aux consommateurs ».

²⁶⁶ Art. 83 du *CDC*.

²⁶⁷ Michel FROMONT, *L'influence de la Constitution sur le Code civil au Brésil*, La Lettre du CFDC, N° 58, octobre 2008.

Les articles 478 et 479 prévoient pour leur part que la modification ou la résolution du contrat peuvent être demandées lorsque, du fait d'évènements extraordinaires ou imprévisibles, son exécution devient trop onéreuse.

L'article 30, du *Cdc*, prévoit que : « toute information, ou publicité, suffisamment précise, véhiculée par n'importe quel moyen de communication par rapport aux produits et services offerts ou présentés, oblige le fournisseur qui l'a fait transmettre ou qui l'utilise, à l'intégrer dans le contrat qui sera conclu ». Ainsi, l'offre du fournisseur, réalisée directement ou par le moyen d'une annonce, lie ce fournisseur selon les conditions établies dans cette offre. Le *Cdc*, dans ses articles 30 à 35, établit le principe de l'engagement contractuel de l'offre réalisée directement ou par une annonce. Si le fournisseur de produits ou services refuse de respecter l'offre telle que publicisée, le consommateur a le choix entre trois possibilités :

- a) exiger l'accomplissement forcé de l'obligation, selon les conditions de l'offre;
- b) accepter un autre produit ou la prestation d'un service équivalent;
- c) résilier le contrat, avec droit au remboursement et avec le droit à des dommages-intérêts²⁶⁸.

Les défenses légales disponibles aux consommateurs et les pouvoirs accordés aux juges sont très larges ; ainsi l'article 83 du *Cdc* prévoit que : « Pour la défense des droits et intérêts protégés par ce Code, toutes actions qui favorisent une tutelle adéquate et effective sont admises ».

L'article 81 pour sa part indique que : « la défense des intérêts et des droits des consommateurs et des victimes sera exercée en justice individuellement ou à titre collectif ».

Étant donné le déséquilibre et la vulnérabilité qui sont inhérents aux rapports de consommation, le législateur a déterminé expressément que l'État s'impose un mandat de défense du consommateur, vu l'aspect important de la protection de la personne.

Attendu l'obligation constitutionnelle prévue à l'art. 5 de la *Charte citoyenne*, qui garantit à tous ceux qui en auront besoin, une assistance juridique²⁶⁹, l'article 5 du *Cdc* prévoit un régime d'aide juridique gratuit et complet pour les consommateurs qui en ont besoin²⁷⁰.

Pour avoir droit aux services d'un avocat, il suffirait de se déclarer comme étant pauvre. Il appartient alors à l'autre partie ou à l'État de faire la preuve que la personne n'a pas droit à l'aide étatique. L'information disponible laisse toutefois perplexe sur ce régime qui semble plus théorique que réel²⁷¹.

Les règles propres à la protection du consommateur s'appliquent aux utilisateurs des services publics, avec quelques limitations. Les utilisateurs des services publics sont en général liés aux prestataires des services par des contrats d'adhésion qui obéissent aux règles établies par les Agences indépendantes de régulation qui existent dans les différents secteurs (téléphone, gaz, électricité, etc.). Les clauses abusives présentes dans les contrats d'adhésion des services publics peuvent être sanctionnées soit par l'administration, soit par le Pouvoir judiciaire.

²⁶⁸ Art. 35, alinéas I, II et III.

²⁶⁹ Art.5) alinéa LXXIV) de la *Charte citoyenne* de 1988, prévoit que : « l'État donnera une assistance juridique complète et gratuite à tous ceux qui prouveront une insuffisance de recours ».

²⁷⁰ Art. 5 : « Pour la mise en œuvre de la Politique nationale de relations avec les consommateurs, le public sera avec les instruments suivants, entre autres :

I - Maintien de l'assistance juridique, complète et gratuite pour les consommateurs qui en ont besoin. »

²⁷¹ Donaldo ARMELIN, *Le consommateur et le procès*, thèmes N° 4 Rapport brésiliens pour l'Association Henri Capitant, Journées colombiennes 2007.

Bien que le système de protection collectif des droits soit prévu dans la *Charte citoyenne*²⁷², son implantation s'est réalisée à travers deux importantes lois ordinaires, la Loi d'action civile publique (Loi n° 7.347, du 24 juillet 1985) et le *Cdc*.

Une association de consommateurs peut intenter une action pour la défense des droits collectifs de ses membres si elle est constituée depuis plus d'un an, si ses statuts l'autorisent à ester en justice (ou si elle obtient une autorisation spéciale de ses membres) et s'il existe un lien entre l'action que l'organisme veut entreprendre et les intérêts qu'elle défend en vertu de ses statuts constitutifs²⁷³. Le système juridique brésilien permet les actions collectives pour la défense des droits individuels homogènes à travers l'action d'un groupe de consommateurs, groupés autour d'une problématique commune. Ce type d'action pourra être entreprise même par un groupe qui n'a pas un an d'existence.

Les actions qu'il est permis d'exercer collectivement sont énumérées à l'art. 82 du CDC. Elles se divisent en 3 catégories : (i) la protection des droits diffus²⁷⁴; (ii) des droits collectifs; (iii) les droits individuels homogènes. La défense collective est facilitée par la possibilité pour un juge de renverser le fardeau de la preuve au bénéfice des consommateurs.²⁷⁵

²⁷² Art. 5º, LXX de la Charte citoyenne : « L'action collective en garantie d'un droit peut être intentée par : b) une organisation syndicale, une entité représentant un groupe économique ou une association légalement constituée et en fonctionnement depuis plus d'un an, afin de défendre les intérêts de ses membres ou associés ».

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Luís Roberto BARROSO, *La protection collective des droits au Brésil et quelques aspects de la class action américaine* : 'Les droits diffus se confondent, souvent, avec l'intérêt de la société comme un tout. Ses titulaires sont un nombre indéterminé de personnes, liées entre elles par des circonstances factuelles'.

²⁷⁵ Art. 6, alinéa VII, du CDC.

6 Synthèse et analyse des mesures adoptées en Amérique et en Europe à l'encontre des clauses abusives ou inéquitables

La présente partie présente un résumé des meilleures pratiques observées au cours de notre examen des différents encadrements nationaux et étrangers portant sur les clauses abusives et tente de relever aussi bien les approches originales que les pièges à éviter. Afin d'enrichir notre synthèse et de tenter d'explorer encore plus à fond les approches possibles en matière d'encadrement des clauses abusives, nous avons choisi de tirer profit du travail colossal effectué par Martin Ebers²⁷⁶, qui s'est livré à une analyse comparée très approfondie des mesures adoptées par les pays membres de l'Union européenne en vue de la mise en œuvre obligatoire de la *directive relative aux clauses contractuelles abusives (93/13)*. Nous avons donc retenu de cette étude détaillée certaines remarques ou analyses qui portent sur des États membres de l'Union européenne dont nous n'avons pas analysé de façon plus détaillée la législation dans le cadre de notre recherche.

6.1 MOTIFS D'INTERVENTION ET DÉFINITION

La théorie classique des contrats s'appuyait sur le principe qu'il n'y avait pas de contrat sans consentement, sans une entente entre les cocontractants sur chacun des éléments qui constituait le contrat ; cette conception du contrat a pu être parfaitement valide à une époque où les parties qui contractaient étaient de force égale au plan des connaissances, des ressources, etc. Les cocontractants s'entendaient à l'amiable, par voie de consensus dans le cadre d'une relation bien souvent personnalisée, négociant les aspects avantageux et les aspects onéreux de part et d'autre afin d'établir un équilibre qui était atteint en se fondant sur la confiance et la bonne foi.

Cette situation d'équilibre entre les parties contractantes n'est certes pas celle que l'on retrouve aujourd'hui : l'essor industriel qui a entraîné le développement de la production de masse et la concentration du pouvoir économique a dépersonnalisé les rapports de commerce, qui se sont par ailleurs multipliés, et modifié dramatiquement les rapports de force. Ces changements de paradigme emportent une distorsion du modèle libéral de la liberté contractuelle qui a donné lieu à une nouvelle morale contractuelle qui fait une large place à l'équité et ramène à l'avant-plan la nécessité de la bonne foi dans les relations contractuelles.

Reconnaissant un danger latent, les états industrialisés se voient contraints de légiférer pour éviter la perte de confiance des consommateurs et l'exploitation du faible et pour s'assurer que la concurrence joue un réel rôle de sauvegarde. Tous s'entendent pour dire que le contrat ne doit pas devenir un instrument d'exploitation du plus fort au détriment du plus faible. Les législateurs modifient donc leurs lois pour parler, ici, « de l'équité dans les contrats », ailleurs, de « rôle social du contrat » et ailleurs encore de « la raison et l'équité » érigés en postulats obligatoires.

²⁷⁶ Martin EBERS, *Analyse comparative. C. Directive relative aux clauses contractuelles abusives (93/13)*. In Compendium CE de Droit de la consommation. Universitat Bielefeld (2011) p. 385.
http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_fr_final.pdf (Page consultée le 25 septembre 2011).

Sur la base de ces principes, les législateurs, à travers le monde, ont décidé d'ajouter aux règles traditionnelles ou principes développés par les tribunaux d'équité et intégrés à la common law des dispositions plus explicites visant à empêcher l'exploitation ou à donner au contractant lésé des remèdes adéquats. Dans une certaine mesure, on observera une proximité, peu importe le système de droit (civiliste ou de common law) en vigueur, entre les différentes définitions adoptées par le législateur ou développées par les tribunaux.

Construites sur la base de préoccupations communes, il n'est en fait pas si étonnant de constater que les définitions de clauses abusives adoptées à travers le monde se recoupent assez précisément sur les points principaux: elles parlent de position dominante de l'un des contractants, et d'un déséquilibre significatif, d'agissements contraires à la bonne foi, d'obligations exorbitantes, etc.

On remarquera que, si cette approche consiste à déceler le déséquilibre patent et d'agir pour éviter l'abus, l'évaluation du consentement qui a pu être donné par le cocontractant en position de faiblesse ne fait pas partie explicitement de l'équation. La common law, au contraire, a traditionnellement axé les recours basés sur ce qui correspond assez précisément à la notion de lésion du droit civiliste, soit l'« unconscionability », sur la prémisse voulant que le cocontractant n'ait pu raisonnablement consentir à un tel déséquilibre, et que le contrat ne puisse donc être valable.

Outre cette différence sur l'approche (et sur les conséquences de la détermination d'une lésion, qui ne peut être autre que la nullité du contrat) on ne s'étonnera pas outre mesure de constater que le fondement de l'intervention des tribunaux restera le même: la lésion est en effet caractérisée par une « disproportion entre les prestations respectives des parties [...] tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation », une « obligation excessive, abusive ou exorbitante » de la partie la plus faible, liée donc à une inégalité de pouvoir entre les parties.

Tout comme les recours à l'encontre des clauses abusives, les recours basés sur ce que nous appellerons, pour simplifier, la lésion²⁷⁷ visent à prévenir ou à corriger l'iniquité.

Le contrat ne doit pas devenir un instrument d'exploitation du plus fort au détriment du plus faible. Pour éviter que cela se produise, les États ont donc adopté différentes mesures que l'on peut décomposer, aux fins de l'analyse comparative, en multiples éléments.

Nous examinerons ainsi: la forme que prennent les dispositions et leur contenu; la portée des dispositions; les effets d'une détermination d'abus; les recours prévus.

La *directive n° 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, vu son importance, vu l'obligation qui est faite aux pays membres de l'intégrer dans leur législation nationale, et vu que les efforts de transposition de plusieurs pays membres seront ici mentionnés aux fins de comparaison, nous servira ici en quelque sorte de texte de référence.

²⁷⁷ On retrouve en effet une certaine identité entre les définitions de lésion et d'« unconscionability »: au Québec, l'article 2332 C.c.Q., qui reprend la doctrine de l'iniquité issue de la common law, permet au tribunal d'annuler ou de réduire les obligations d'un contrat de prêt s'il considère qu'il y a eu lésion; l'article 1040 c) C.c.B.C., qui parle d'« opération abusive et exorbitante » utilise par ailleurs pour sa version anglaise les termes « harsh and unconscionable ».

Notre synthèse ne porte que sur les clauses d'application générale, et non sur les dispositions particulières qui ne s'appliquent qu'à certains types de contrats ou de transactions (celles qui ne s'appliquent, au Canada et en Australie, par exemple, qu'aux services financiers.)

6.2 QUESTIONS DE FORME

A) L'ordre public

On notera dès le départ que les dispositions qui visent à contrer les clauses abusives sont presque toujours d'ordre public. Cela entraîne qu'une clause contractuelle qui tenterait d'écarter l'application de ces dispositions serait en elle-même abusive, puisque contraire à l'ordre public.

Cela signifie aussi que le caractère abusif d'une clause dont une partie tente de forcer l'application pourrait être soulevé d'office par les tribunaux. Les Pays-Bas présentent pourtant un exemple d'une approche contraire à ce principe : les dispositions qui interdisent les clauses abusives sont d'ordre public, mais le tribunal ne pourra se pencher sur le caractère abusif d'une clause que si l'argument est soulevé par la partie qui s'estime lésée. Cette approche est d'autant plus étrange que les Pays-Bas ont adopté comme principe que le droit des obligations a comme prémisse fondamentale, non pas la liberté contractuelle, mais « la raison et l'équité ».

À l'opposé, le Brésil a érigé en norme d'ordre public et d'intérêt social non seulement les dispositions sur les clauses abusives, mais le principe de la fonction sociale du contrat lui-même ; le juge peut donc l'appliquer d'office à tout stade du litige, sans qu'il soit nécessaire qu'une des parties invoque expressément ce moyen.

Le risque [si les tribunaux ne peuvent contrôler d'office les clauses] est que le consommateur ne puisse pas se défendre seul contre les clauses abusives, soit parce qu'il ne connaît pas ses droits (et qu'il doit les exercer), soit parce qu'il en est dissuadé par les délais de prescription ou par les coûts générés par une action judiciaire²⁷⁸.

Si les recours contre les clauses abusives existent parce qu'une partie est susceptible d'être plus vulnérable, il semble donc logique que le tribunal puisse constater le caractère abusif d'une clause ou d'une transaction sans que cette partie ait même à soulever ce motif²⁷⁹.

Dans l'arrêt Cofidis, la CJCE a élargi davantage la compétence de contrôle et a déclaré que la protection du consommateur s'oppose à toute disposition nationale empêchant le juge national de relever le caractère abusif d'une clause, même si l'action est prescrite²⁸⁰. (nos soulignés)

²⁷⁸ Martin EBERS. Compendium CE, *op. cit.*

²⁷⁹ La faculté pour le juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause a été confirmée en Europe dans les décisions *Océano* (21 CJCE, 27 juin 2000, Affaires jointes C-240/98 à C-244/98 - Océano Grupo Editorial SA v. Murciano Quintero), *Cofidis* (22 CJCE, 21 novembre 2002, C-473/00 - Cofidis v. Fredout [2002] RCE I-10875.) et *Mostaza Claro* 23 CJCE, 26 Octobre 2006, C-168/05 – Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL (non publiée).

²⁸⁰ Martin EBERS. Compendium CE, *op. cit.*

B) La bonne foi

Comme nous le mentionnions, l'abus ou l'exploitation de la partie la plus faible par un cocontractant en position de force paraît contraire à la bonne foi qui doit prévaloir dans les relations contractuelles. Au Québec, par exemple, le ministre de la Justice de l'époque expliquait, lors de la présentation du nouvel article 6 du Code civil du Québec, qui faisait passer la bonne foi de simple principe général d'interprétation à la règle de droit explicite : « Cet article a pour effet d'empêcher que l'exercice d'un droit ne soit détourné de sa fin sociale intrinsèque et des normes morales généralement reconnues dans notre société. »²⁸¹

Certains rédacteurs ont inclus une mention de la bonne foi dans le texte qui interdit les clauses abusives. Les Pays-Bas ont par ailleurs défini à leur code civil la bonne foi, qui, comme on le constate, présente un volet objectif aussi bien qu'un volet subjectif. Rappelons ici cette définition :

*3: 11 – La bonne foi d'une personne, exigée pour qu'existe une quelconque suite juridique, ne fait pas seulement défaut, si elle connaissait les faits ou le droit sur lesquels sa bonne foi devait porter, mais si, en l'occurrence, elle devait les connaître. L'impossibilité de procéder à une vérification n'empêche pas celui qui avait de bonnes raisons de douter d'être tenu comme quelqu'un qui aurait dû connaître les faits ou le droit en question.*²⁸²

La mention de la bonne foi dans le texte même des dispositions portant sur les clauses abusives semble poser problème. C'est le cas par exemple au Québec, où la disposition du Code civil indique qu'est abusive la clause «qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de la bonne foi» (art. 1437 du C.c.). C'est aussi le cas pour la directive européenne (la Directive) qui décrit comme suit la clause abusive : « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat²⁸³. »

La doctrine québécoise s'interroge sur l'utilité d'une telle mention, qui semble n'être présente qu'à titre indicatif, mais que certains sont susceptibles d'interpréter comme un critère supplémentaire qui alourdira le fardeau de preuve ; certains décideurs ont d'ailleurs déjà penché en ce sens. Les mêmes arguments ont été soulevés à l'encontre de la Directive.

Alors qu'en vertu de la directive le caractère abusif est caractérisé uniquement lorsque la clause cause un déséquilibre significatif et que ce déséquilibre est de plus contraire à l'exigence de bonne foi, sept États membres renvoient directement au « déséquilibre significatif » sans mentionner le critère additionnel de la « bonne foi ». Ceci contribue à alléger la charge de la preuve pesant sur les consommateurs

[...]

Le rapport entre le principe de bonne foi et le critère du « déséquilibre » demeure incertain. Ces deux critères doivent-ils être considérés comme cumulatifs, alternatifs, ou

²⁸¹ Commentaires du ministre de la Justice concernant l'art. 6 C.c.Q (39).

²⁸² Nouveau Code civil des Pays-Bas (Nieuw Burgerlijk Wetboek)

²⁸³ Directive N° 93/13/CEE du 5 avril 1993 (J.O.C.E. N° L.95 du 21 avril 1993).

dans le sens que toute clause qui crée un déséquilibre significatif est systématiquement contraire à l'exigence de bonne foi²⁸⁴ ?

Il nous semble que cette dernière interprétation devrait être retenue, puisqu'elle est celle qui est la plus susceptible de permettre, en n'alourdissant pas inutilement le fardeau de preuve, une mise en œuvre efficiente de recours contre les clauses abusives. Le Groupe de Recherche et d'étude en droit comparé international de la consommation (GREDICC), dans son rapport *Jalons pour un Code de la consommation*, propose de retirer tout bonnement la référence à la bonne foi de la disposition qui vise les clauses abusives²⁸⁵. À défaut d'une précision à l'effet que toute clause qui crée un déséquilibre significatif est systématiquement contraire à l'exigence de bonne foi, nous abondons aussi dans ce sens.

C) Les listes de clauses abusives

Est-il préférable d'établir des listes de clauses abusives qui s'ajoutent à une interdiction générale ? Une liste pourrait-elle suffire sans une clause générale ? Ou une clause d'interdiction générale sans listes (ou catalogues) d'exemples ? Le cas échéant, les clauses incluses dans de telles listes doivent-elles entraîner une présomption ? Et, dans l'affirmative, doit-il s'agir d'une présomption simple ou d'une présomption irréfragable ?

Les juridictions étrangères que nous avons étudiées ont pour la plupart établi de telles listes (Les États américains n'en ont pas tous adopté). L'effet de ces listes diffère toutefois d'une juridiction à l'autre. Si plusieurs ont établi deux listes, l'une de clauses présumées abusives (présomption simple, dite liste grise) et l'autre de clauses réputées abusives (présomption irréfragable, dite liste noire) – Allemagne, France et Pays-Bas – la Grande-Bretagne n'a adopté qu'une liste grise, et le Brésil qu'une liste noire. L'Australie a pour sa part adopté une liste de clauses qui n'entraîne aucune présomption.

Le Québec a adopté une position particulière, qui peut sembler un rien inconfortable. On se rappellera que la disposition d'application générale qui porte sur les clauses abusives se trouve au Code civil ; cette disposition générale n'est accompagnée d'aucune liste, grise ou noire. La *Loi sur la protection du consommateur* (LPC) de son côté, qui ne prévoit ni définition ni interdiction générale des clauses abusives (l'article 8 de cette loi, rappelons-le, portant sur la lésion) interdit l'inclusion dans les contrats de certaines clauses, qui sont de ce fait privées d'effet parce qu'inapplicables dans les contrats de consommation visés par cette loi. (On relèvera le fait que les clauses interdites par la LPC sont souvent les mêmes que celles que l'on retrouve à l'étranger dans les listes de clauses abusives.)

Dans la mesure où les listes de clauses abusives sont d'une part susceptibles de faciliter, par leur valeur d'exemple, l'interprétation de la règle générale, et, d'autre part, de faciliter la preuve pour le cocontractant qui est en position de faiblesse, voire de renverser le fardeau de preuve vers le cocontractant qui est en position de supériorité, l'utilité de telles listes semble ne soulever aucun doute.

²⁸⁴ Martin EBERS. *Compendium CE, op. cit.*

²⁸⁵ Thierry BOURGOIGNIE, Pierre-Claude LAFOND et Lindy ROUILLARD. *La réforme de la Loi sur la protection du consommateur du Québec. Jalons pour un Code de la consommation du Québec*. Montréal, 2011.

Il va de soi que l'existence de telles listes ne saurait se suffire à elle-même, et qu'une clause de portée générale permettant de faire déclarer abusive une clause contractuelle qui n'apparaîtrait pas sur une telle liste reste indispensable.

Quant au contenu de ces listes, il semble aller de soi qu'il doit être facilement adaptable, afin de suivre l'évolution des marchés et des pratiques de commerce et d'être en mesure de répondre coup pour coup à l'imagination et à l'inventivité débordantes des commerçants.

6.3 PORTÉE DES DISPOSITIONS

Quelles clauses peuvent être déclarées abusives ? Quels types de contrats peuvent faire l'objet d'un examen ? Le caractère abusif doit-il tenir compte aussi bien du processus que de la substance ?

Ici encore, les solutions adoptées par les législateurs diffèrent bien souvent, suivant un lot de variables : régime civiliste ou de common law; justification de l'intervention; souci du maintien de la stabilité des contrats, etc.

Nous examinerons ici ces questions point par point

A) Le type de contrat qui peut faire l'objet d'un examen

Selon les juridictions, ne pourront être déclarées abusives que les clauses contenues dans certains types de contrats ou dans tous types de contrat.

Au Québec, les dispositions pertinentes ne trouvent application que relativement aux contrats de consommation et aux contrats d'adhésion. Au Brésil, en France et en Louisiane, tous les contrats de consommation sont visés.

Aux Pays-Bas, tous les contrats sont susceptibles d'être examinés, alors qu'aux États-Unis, ne pourront l'être que les contrats qui portent sur des biens.

L'Allemagne limite les recours aux contrats pré-rédigés et l'Australie aux contrats d'adhésion et aux clauses pré-rédigées. L'Angleterre prévoit deux régimes, dont l'un ne s'applique qu'aux contrats de consommation.

La Directive européenne prévoit une application à tous les types de contrats, mais utilise les termes « biens et services » et « vendeur et fournisseur ».

Les systèmes de contrôle du caractère abusif des clauses dans les 25 États membres peuvent être classés dans quatre modèles différents :

[note : Le « B » désigne les entreprises, le « C » les consommateurs et le « P » les particuliers.]

- *Dans les pays nordiques (DANEMARK, FINLANDE, SUÈDE) le contrôle du contenu s'applique à tous les contrats (B2B, B2C, P2P), et les clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle sont aussi englobées dans le contrôle.*

- *Dans d'autres États, qui s'inspirent généralement de la « théorie des coûts de transaction », le contrôle du contenu s'étend à tous les contrats (B2B, B2C, P2P), même si seules les clauses types sont soumises au contrôle. Toutefois, le contrôle des « clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle » – conformément à la Directive – est possible uniquement dans les contrats B2C. Ce modèle est suivi par l'ALLEMAGNE, le PORTUGAL, l'AUTRICHE et les PAYS-BAS. Certains nouveaux États membres comme la HONGRIE, la LITUANIE et la SLOVÉNIE ont adopté ce modèle.⁸⁰⁷ L'ESTONIE fait aussi partie dans une certaine mesure de ce groupe, la Loi ESTONIENNE des obligations prévoyant le contrôle de tous les contrats, même si le contrôle vise les « clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle » (et pas seulement, comme c'est le cas dans les États précités, les contrats B2C).*
- *Un troisième groupe compte les États membres qui limitent le contrôle aux contrats B2C, mais incluent les clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle dans le contrôle. Il s'agit de la FRANCE, de la BELGIQUE du LUXEMBOURG, ainsi que de la RÉPUBLIQUE TCHÈQUE et de MALTE.*
- *Enfin certains États membres sont fidèles au modèle de la Directive 93/13, dans laquelle le contrôle est limité aux contrats B2C et où seules les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle peuvent être contrôlées. Il s'agit du ROYAUMEUNI, de l'IRLANDE, de l'ESPAGNE, de la GRÈCE et de l'ITALIE (même si une liste noire de clauses abusives ayant fait l'objet d'une négociation individuelle existe dans certains de ces États membres). Parmi les nouveaux États membres, la BULGARIE, CHYPRE, la POLOGNE, la ROUMANIE et la SLOVAQUIE ont opté pour ce modèle.²⁸⁶*

On soulignera que l'Allemagne, si elle ouvre à tous le recours aux dispositions sur les clauses abusives, prévoit que les présomptions liées aux listes de clauses abusives ne pourront être invoquées que dans le cadre de contrats conclus avec des consommateurs.

Comme on peut le constater, cette classification mêle les considérations qui portent sur le type de contrat et celles qui portent sur les types de clauses. Nous résumerons donc dans la section suivante.

B) Le type de clause qui peut être déclarée abusive

Ainsi, comme nous le mentionnions plus haut, la « théorie des coûts de transaction » justifie une intervention sur les clauses pré-rédigées (ou « *clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle* », pour reprendre la formulation de la Directive), alors que la « théorie de l'abus » justifie une intervention sur toutes les clauses possibles d'un contrat, dans la mesure où la position de relative faiblesse d'un cocontractant rendra possibles les abus dans tous les cas, y compris pour les clauses négociées.

Pour ce qui est de l'objet des clauses qui peuvent être déclarées abusives, la Directive précise que « *L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie* » (art.4). Cette approche adoptée par la Directive est celle de plusieurs juridictions, qui ne permettent que l'examen d'une possible disproportion dans les clauses accessoires et non dans les clauses essentielles du contrat.

²⁸⁶ Martin EBERS. Compendium CE, *op. cit.*

La législation allemande permet l'examen de toutes les clauses du contrat, pourvu qu'elles n'aient pas été introduites par le consommateur. C'est aussi le cas de plusieurs États membres qui ont étendu la possibilité d'examiner les clauses à l'objet principal du contrat et à l'adéquation du prix.

Le Québec, avec son double régime (lésion à la LPC et clauses abusives au Code civil), fait aussi figure d'exception. Cela est d'autant plus vrai que la disposition qui permet d'annuler ou de réviser un contrat en cas de clause abusive prévoit explicitement qu'il s'applique à « toute clause » (1437 C.c.Q.) et que la jurisprudence est intervenue par le biais de cette clause sur des contrats qu'elle a estimés « lésionnaires ».

Comme nous l'avons vu dans le cadre de notre étude, des distinctions assez nettes ont déjà été établies entre le contrat lésionnaire et les clauses abusives. Outre les bases théoriques (et leurs conséquences, en théorie, sur l'effet qu'aura sur le contrat la détermination : la clause abusive peut être jugée non applicable ou être modifiée, le contrat lésionnaire, puisqu'il affecte le consentement, doit être rescindé) et leurs justifications (l'équité et la moralité des transactions, le libre consentement), on constate de plus en plus que les interventions sur la base de ces deux notions ont tendance à se confondre (interventions législatives aussi bien que jurisprudentielles et doctrinales) : cette fusion se justifie par le fait que le désir, la nécessité des interventions visant à empêcher, pour toutes les raisons que nous avons mentionnées, que le contrat ne devienne un instrument d'exploitation du plus fort au détriment du plus faible font en sorte que tous les moyens qui sont mis à la disposition des tribunaux seront en fin de compte utilisés dans un souci d'équité, pour freiner la poursuite abusive d'intérêts unilatéraux. Outre les pays de common law, qui peuvent appliquer les règles de l'« unconscionability », on retiendra que les codes civils néerlandais, allemand, brésilien, suisse et italien, entre autres, ont incorporé la notion de la lésion entre majeurs, qui se confond dans une large mesure à la doctrine de l'iniquité.

Dans cet esprit, il semblerait justifié que les dispositions qui prévoient les recours à l'encontre des clauses abusives puissent, dans une approche moderne du droit contractuel et plus particulièrement du droit de la consommation, mettre de côté les classifications théoriques et s'appliquer à l'ensemble des clauses du contrat et non seulement aux clauses accessoires, et que la distinction entre les clauses négociées ou non soit évitée, attendu que le déséquilibre entre les parties affectera tout autant la négociation que « l'acceptation » des clauses accessoires, puisque ces deux types de recours visent à « sanctionner l'exploitation de la faiblesse de l'un par l'abus de puissance de l'autre » et à attaquer un déséquilibre flagrant, un désavantage excessif et déraisonnable dont serait victime l'un des contractants.

On verra plus loin que les distinctions qui, entre les théories de la lésion et de la clause abusive, portent sur les processus et la substance ainsi que celles qui portent sur les effets de la détermination ont déjà dans une large mesure été écartées afin de fondre les deux approches. Il nous semble tout à fait logique et pertinent que cette fusion s'opère ouvertement et permette un examen de l'ensemble du contrat.

On notera d'ailleurs avec intérêt la brèche ouverte par la Directive européenne, qui précise que l'exclusion des clauses essentielles ne sera effective que « pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible²⁸⁷. »

²⁸⁷ On rappellera qu'en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut.

C) Le processus et la substance

Jusqu'à quel point la prise en considération du processus qui a eu lieu avant et au moment de la conclusion du contrat doit-elle influencer l'évaluation du caractère abusif d'une clause ou d'un contrat ?

La common law canadienne, par exemple, ne sanctionnera en principe l'injustice que si elle revêt à la fois un aspect processuel et un aspect substantiel²⁸⁸. Le processus de formation du contrat, qui mène à l'expression du consentement, sera donc un élément à considérer sur le même plan que le contenu des clauses ou du contrat. L'impossibilité pratique de prouver un vice de consentement a avec le temps amené les tribunaux à se satisfaire de la preuve d'un simple risque de vice processuel — par exemple, l'inégalité du pouvoir de négociation des parties — et à considérer l'injustice substantielle comme une démonstration de la réalisation de ce risque dans le cas à l'étude.

On remarquera qu'au Québec l'application de l'article 1437 du Code civil est limitée aux contrats d'adhésion et aux contrats de consommation, deux types de contrat pour lesquels le déséquilibre entre les contractants est tenu pour acquis. La preuve du vice processuel (ou du risque d'un tel vice) n'est donc plus à faire pour celui qui invoque cette disposition

La distinction entre les aspects processuels et substantifs est d'autant plus importante que se posera aussi la question du moment sur lequel doit porter l'examen de l'abus ou de la disproportion.

Dans l'arrêt *Kabakian*, la Cour d'appel s'est dite d'avis que :

[...] 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 (art. 771, 1294, 1834 C.c.Q.²⁸⁹).

Comme nous le mentionnions plus haut, la Cour favorise ouvertement une analyse qui porte sur le moment de la conclusion du contrat, sans toutefois fermer complètement la porte à un examen qui tiendrait compte d'éléments qui surviennent au moment de l'application de la clause. Comme l'explique le juge Beaudoin dans cette même décision : « 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. » Cette considération devrait faire en sorte que tous les moyens qui sont à la disposition du tribunal en vue de déterminer s'il y a abus devront être utilisés.

Au Brésil, l'article 4 du Code de la consommation énumère les objectifs qu'avait le législateur en élaborant le *Code de défense du consommateur*. On y retrouve notamment : le devoir d'agir avec transparence entre les contractants, le devoir d'agir équitablement, et l'harmonie dans les rapports de consommation. Les tribunaux examineront par conséquent le processus de

²⁸⁸ Sébastien Grammond, La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé, (2010) 51 Cahiers de droit 83-116.

²⁸⁹ *P.G. Québec c. Kabakian-Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730, 1739 (C.A.).

formation du contrat aussi bien que le contenu du contrat lui-même, et ce aussi bien sous l'angle de la lésion que celui de l'imprévision.

Dans certains États membres, l'évaluation du caractère abusif d'une clause suppose de tenir compte non seulement des circonstances qui entourent la conclusion du contrat (comme l'exige la directive), mais aussi des conditions qui suivent la conclusion du contrat²⁹⁰.

La Directive prévoit en effet à son article 4 que :

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

Plusieurs juridictions ont par contre prévu que les circonstances au moment de et même après la conclusion du contrat doivent être prises en compte.

Le système DANOIS de protection des consommateurs est comparable à celui des systèmes des pays nordiques (FINLANDE et SUÈDE, v. 7 et 24). Une caractéristique essentielle de ces pays est le recours important à la règle générale, de droit commun, posée à la section 36 de la Loi relative aux contrats. Cette règle prévoit la possibilité de ne pas exécuter un accord, totalement ou en partie (même s'il a fait l'objet d'une négociation individuelle), si la clause est abusive/déraisonnable à la lumière du contenu du contrat, de la situation des parties et des circonstances au moment et après la conclusion du contrat.

[...]

Grâce à la transposition [de la Directive], le degré de flexibilité a même été augmenté dans la mesure où il est dorénavant possible non seulement de ne pas exécuter un accord mais aussi de le modifier.

L'encadrement australien prévoit lui aussi que le processus qui mène à la conclusion du contrat, les termes du contrat ainsi que les comportements subséquents des parties au contrat entreront en ligne de compte pour évaluer le caractère abusif d'une clause ou d'un contrat en litige. Le tribunal pourra ainsi évaluer toutes les circonstances du contrat, dont son intelligibilité et sa lisibilité. L'Angleterre et l'Allemagne prévoient aussi la possibilité d'un examen aussi étendu.

Les Pays-Bas Pays permettent eux aussi cet examen, puisque le droit néerlandais accepte aussi les notions d'imprévision et de lésion comme motifs de résiliation, de révision, ou de modification d'un contrat. C'est aussi le cas au Brésil : loin de se cantonner à l'examen du processus de formation du contrat, le juge examinera aussi le contrat sous l'angle de la lésion et de l'imprévision.

Cette approche plus libérale du contrat, considéré globalement et dans sa dimension sociale nous paraît représenter la pratique idéale en vue de permettre l'exercice efficient d'un recours qui vise à rétablir l'équilibre d'un contrat dans un but d'équité.

²⁹⁰ Martin EBERS. Compendium CE, *op. cit.*

Rappelons que :

Le contrat doit être utile. L'utilité s'entend dans le sens d'intérêt général. Le contrat a une utilité sociale. Il s'avère l'instrument par excellence pour effectuer les échanges de biens et de services entre les personnes. Cet instrument est indispensable à la vie en société. Le citoyen ne vit ni en ermite, ni en solitaire. Il a nécessairement besoin de l'activité de ses pairs et de mécanismes juridiques pour assurer sa croissance. Le contrat a donc une utilité sociale certaine, et c'est à ce titre que le législateur le sanctionne et qu'il intervient pour contrôler les abus qu'il peut engendrer²⁹¹.

6.4 EFFET DE LA DÉTERMINATION DU CARACTÈRE ABUSIF

A) L'effet sur la clause et le contrat

Comme nous le mentionnions, l'approche basée sur la lésion veut que la partie lésée n'ait pu consentir au contrat lésionnaire et que ce dernier ne puisse donc avoir aucun effet vu l'absence d'une condition essentielle à sa formation.

On a vu aussi que le contrôle des clauses abusives ne vise que le déséquilibre qu'une clause contractuelle peut provoquer entre les contractants, déséquilibre que la suppression ou la modification d'une telle clause suffira en principe à faire disparaître.

Notre examen des dispositifs prévus dans les différentes juridictions étudiées nous a toutefois indiqué que l'effet d'une détermination du caractère lésionnaire ou abusif, selon le cas, ne fait pas toujours l'objet d'une application aussi tranchée : on a vu des contrats lésionnaires modifiés et des clauses abusives mener à l'annulation d'un contrat.

Si le Code civil du Québec prévoit que seule la clause litigieuse est nulle (ou que l'obligation qui en découle est réductible), il va de soi que quand la détermination d'abus portera sur une clause essentielle du contrat, ce dernier devra être annulé si l'obligation ne peut être réduite. La LPC prévoit pour sa part que le consommateur qui invoque la lésion peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent.

Plusieurs juridictions étrangères, l'Australie et l'Angleterre, par exemple, prévoient explicitement que le tribunal qui conclut qu'une clause est abusive pourra la déclarer sans effet, pourvu que le contrat puisse subsister sans cette clause, ou annuler le contrat si, sans la présence de cette clause, le contrat est dénaturé.

C'est aussi ce que prévoit la Directive européenne.

Les États membres de l'Union européenne ont adopté des approches variées quant aux modifications qui peuvent être apportées suite à la détermination d'un abus :

Si la clause est abusive, la directive 93/13 pose uniquement le principe de l'exclusion ou de la modification de la clause, le contrat restant contraignant.

²⁹¹ Brigitte LEFEBVRE, La justice contractuelle : mythe ou réalité ?, Les Cahiers de droit, vol. 37, N° 1, 1996, p. 17-30. Page 21 <http://id.erudit.org/iderudit/043375ar> (Page consultée le 25 septembre 2011).

*Toutefois, dans certains États membres, les droits et obligations contractuelles peuvent être rééquilibrés, au-delà de la sanction de la clause abusive spécifiquement. Dans certains États membres, des autorités publiques peuvent, de plus, exiger l'insertion de nouvelles clauses afin d'éviter un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations*²⁹².

Il nous semble que l'effet dissuasif à l'utilisation de ce type de clause que pose la possibilité de voir une clause abusive annulée ou modifiée se trouve gravement amoindri par la possibilité pour le commerçant de réussir à faire rééquilibrer les droits et les obligations contractuels une fois que le caractère abusif d'une clause a été reconnu. Il semble pour le moins curieux de considérer que le bénéfice qu'il espérait tirer de la clause trop onéreuse qu'il tentait de faire valoir à l'encontre du consommateur pourrait, une fois sa tentative dénoncée, être maintenu et réparti sur l'ensemble des droits et obligations qui resteraient en vigueur. Nous sommes donc d'avis que la meilleure pratique consiste ici pour le tribunal à n'agir que sur la clause litigieuse, en l'annulant ou en la modifiant sans toucher au reste du contrat, pourvu que ce dernier puisse survivre au retrait de ladite clause.

*[...] la dissuasion s'accroît donc : non seulement les professionnels verront les clauses ambiguës interprétées en faveur du consommateur, mais quand ces clauses seront jugées abusives, elles ne feront pas tomber le contrat. Cette disposition représente donc un risque évident pour le professionnel de devoir assumer des charges dont il avait pensé s'exonérer, ce qui peut lui être particulièrement préjudiciable » L'article 6 constitue donc à la fois une dissuasion et une sanction*²⁹³.

Pour ce qui est de la nullité, les États membres fixent aussi différentes règles :

Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par les droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives.

La formulation large de la Directive n'indique pas clairement la façon dont les États membres doivent traduire cette absence de caractère contraignant. Il existe plusieurs possibilités, comme par exemple :

- *Les législateurs nationaux peuvent prévoir l'ineffectivité ou la nullité absolue d'office de la clause abusive ou bien considérer que la clause abusive est réputée non écrite en droit civil (fiction de la non-existence) et ne produit aucune conséquence juridique.*
- *Dans certains États membres, un concept de nullité relative a été préféré, en vertu duquel la clause abusive demeure contraignante tant que le cocontractant (généralement le consommateur) de celui qui l'a utilisée est d'accord, ce cocontractant étant le seul habilité à invoquer sa nullité.*
- *D'autres États membres choisissent d'autres concepts de nullité, étant entendu que la nullité d'une clause peut être prononcée uniquement au profit du consommateur et*

²⁹² Martin EBERS. Compendium CE, *op. cit.*

²⁹³ Kurt G. Weill; Fabienne Puis. Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives. Revue internationale de droit comparé. Vol. 46 N°1. Janvier-mars. pp. 125-140. http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1994_num_46_1_4814 (Page consultée le 25 septembre 2011).

où les tribunaux peuvent relever d'office la nullité de la clause (ce que l'on appelle la « nullité de protection » - « nullità di protezione »).

[...]

La notion de nullité absolue est conforme à la jurisprudence de la CJCE, alors que la notion de nullité relative telle que décrite ci-dessus est contraire aux arrêts Océano, Cofidis et Mostaza Claro. Les autres conséquences juridiques – comme la notion de nullité de protection – semblent être conformes à la jurisprudence de la CJCE, à condition que le consommateur soit protégé même s'il n'a pas soulevé le caractère abusif de la clause, soit parce qu'il ignorait ses droits ou soit parce qu'il a été dissuadé de les faire valoir²⁹⁴.

En ce qui a trait à la possibilité de maintenir partiellement la clause déclarée abusive, la doctrine soutient que la Directive ne le permet pas :

L'hypothèse du maintien partiel, c'est-à-dire garder la clause avec un contenu qui est autorisé, n'est pas évoquée dans la Directive. Le maintien partiel serait contraire au considérant n° 21 et à l'Art. 6(1) de la Directive 93/13 qui exigent que la clause soit non contraignante et non pas « partiellement contraignante ». De plus une telle possibilité réduirait le risque d'utiliser des clauses abusives du point de vue du professionnel et serait ainsi contraire à la protection des consommateurs²⁹⁵.

L'approche qui consiste à considérer que la nullité a un caractère absolu présente un double avantage : si l'aspect curatif ne fait aucun doute, il semble bon d'insister sur le probable aspect préventif – le commerçant qui sait qu'il est susceptible de devoir « vivre avec » le reste du contrat si une clause devait être considérée abusive sera vraisemblablement tenté de limiter autant que possible le risque que se présente cette éventualité.

B) L'effet sur le marché

Dans la grande majorité des États membres, les décisions des tribunaux dans le cadre des actions collectives ne lient que le professionnel qui est partie à l'instance. De plus les effets des décisions dans le cadre d'actions collectives sont généralement limités à la clause en question, dans sa formulation particulière. Ces conséquences juridiques sont particulièrement défavorables dans les États membres qui ne connaissent pas de procédure administrative destinée à contrôler les clauses abusives. Ainsi, il serait opportun de déterminer de quelle façon ces États membres pourraient éviter les conséquences négatives de la chose jugée.

[...]

Les décisions judiciaires ou administratives dans le cadre d'une action collective ne lient, dans la grande majorité des États membres, que les professionnels qui sont parties à l'instance. La décision n'a pas d'effet vis-à-vis des autres professionnels qui utilisent des clauses identiques.

²⁹⁴ Martin EBERS. Compendium CE, op. cit.

²⁹⁵ Ibid.

Toutefois, en dérogation à cette règle, le principe de l'effet relatif des décisions judiciaires a été atténué dans certains États membres : en POLOGNE, une décision juridiquement contraignante qui interdit l'utilisation de clauses abusives est publiée dans le journal économique et des tribunaux et insérée dans un registre. Grâce à cet enregistrement, la décision acquiert un effet erga omnes en vertu de l'Art. 479 des règles de procédure civile – une conséquence juridique, même si on peut s'interroger sur la constitutionnalité de cette disposition en POLOGNE. En HONGRIE, sur le fondement de l'Art. 209/B du CC, les décisions judiciaires rendues dans le cadre d'une actio popularis ont aussi un effet erga omnes ; seuls les contrats qui ont été exécutés avant l'introduction de l'action sont exclus. En SLOVÉNIE, l'effet erga omnes se manifeste en ce sens que toute personne peut se référer à une décision définitive dans laquelle certains contrats, des dispositions spécifiques de ces contrats ou les conditions générales d'un professionnel insérées dans ces contrats ont été déclarées nulles. En revanche une décision de rejet ne s'applique qu'aux parties concernées et ne constitue pas un obstacle à une nouvelle action relative à la même requête. En ESPAGNE, la Loi relative aux clauses standardisées dans les contrats¹⁹⁹ avait initialement prévu, à l'Art. 20, que les décisions de la Cour suprême avaient une valeur de précédent ; cette disposition a été toutefois supprimée et n'a pas été remplacée suite à l'entrée en vigueur des nouvelles règles de procédures civiles (Loi 1/2000)²⁰⁰²⁹⁶.

L'idée d'une atténuation du principe de l'effet relatif des décisions judiciaires généralisées à toutes les décisions portant sur les clauses abusives, si elle semble séduisante dans l'optique d'une protection maximale du consommateur contre les clauses abusives, semble aussi aller suffisamment à l'encontre des principes bien établis au Canada pour qu'elle semble téméraire plutôt qu'audacieuse.

Quoiqu'une application puisse être envisageable dans le cadre d'actions entreprises dans l'intérêt collectif des consommateurs (nous reviendrons plus loin sur cette idée), il reste possible d'envisager des mesures qui permettraient d'atteindre le même objectif sans secouer les fondements de notre droit. On pourrait par exemple penser à une intégration rapide des clauses déclarées abusives par les tribunaux dans une liste noire qui s'imposerait à tous les commerçants ; cette inclusion dans une liste noire devrait aussi, idéalement, permettre aux organismes chargés de l'application de la loi d'entreprendre des recours contre les entreprises délinquantes qui s'obstineraient à utiliser de telles clauses interdites ou de leurs imposer des sanctions administratives.

On relèvera tout de même l'approche originale adoptée par le législateur albertain : la détermination par un tribunal qu'une clause donnée est abusive autorise les consommateurs à qui ce commerçant aurait imposé la même clause à résilier de plein droit, sans frais et sans pénalité, sur simple avis expédié au commerçant, le contrat qui comprenait une telle clause abusive.

6.5 RECOURS CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES

Nous ne nous sommes pas attardés dans notre étude aux recours de droit commun par le biais desquels les consommateurs peuvent tenter d'obtenir réparation en matière contractuelle ; nous nous sommes plutôt concentrés sur les recours spécifiques mis en place en vue de s'attaquer spécifiquement les clauses abusives. Ils sont de trois types : les pouvoirs conférés aux

²⁹⁶ *Ibid.*

associations, ceux qui sont exercés par les organismes chargés de l'application des lois de protection du consommateur et les commissions mises en place en vue d'intervenir en matière de clauses abusives. Nous aborderons rapidement par la suite une initiative qui porte sur la publication des clauses abusives.

A) Les pouvoirs conférés aux associations

Le fait de conférer à des associations (principalement des associations de consommateurs, le sujet qui nous intéresse ici, mais parfois aussi à des associations de commerçants) des pouvoirs ou un intérêt particulier qui leur permet d'ester en justice à l'encontre de clauses abusives tend à devenir la norme plutôt que l'exception.

La France et l'Allemagne prévoient depuis longtemps (bien avant la Directive européenne) de tels pouvoirs. Le Québec a inclus dans sa Loi sur la protection du consommateur un pouvoir d'injonction qui aurait dû, sur la foi du projet de loi, permettre aux associations de consommateurs d'intenter des actions s'apparentant aux actions en cessation de clauses abusives ; la modification législative telle qu'adoptée ne leur permet que d'intenter des actions visant des clauses que la LPC interdit déjà explicitement et que les commerçants peuvent néanmoins insérer dans leurs contrats pour peu qu'ils en dénoncent l'inapplicabilité. Il s'agit à notre avis d'une occasion manquée. L'Alberta dispose de son côté d'un véritable pouvoir d'injonction confié aux organismes de protection des consommateurs à l'encontre des clauses abusives, qui permet à ces dernières de faire déclarer abusive une clause contractuelle et de faire cesser son usage.

La France prévoit plusieurs recours qui peuvent être entrepris par les associations de consommateurs dans l'intérêt de leurs membres ou dans l'intérêt collectif des consommateurs. Il leur est ainsi permis d'agir en justice en exerçant les droits reconnus à la partie civile « relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs », soit un recours répressif qui leur permet d'exiger que des dommages soient versés pour réparation du préjudice collectif. Il leur est aussi permis d'intenter des recours préventifs, soit les actions en cessation, qui permettent d'exiger le retrait physique des contrats de la clause jugée abusive et l'interdiction d'utiliser une telle clause. Ce recours est toutefois limité aux clauses pré-rédigées des contrats de consommation. Des dommages peuvent aussi être accordés par le biais de ces recours.

Les Pays-Bas prévoient un droit d'action collective général qui permet aux associations de forcer l'exécution ou de demander l'annulation ou la modification d'un contrat. Il sera aussi possible à l'association de demander la restitution pour cause de paiement indu, mais pas de demander des dommages. Il existe aussi aux Pays-Bas une procédure spéciale pour le règlement de préjudices de masse : les associations peuvent entreprendre un recours collectif qui leur donne le droit de conclure une transaction au nom des consommateurs visés. Le juge saisi d'un tel recours pourra octroyer des dommages et pourra de plus déclarer son jugement d'application générale.

Le système juridique brésilien permet les actions collectives pour la défense des droits individuels homogènes à travers l'action d'un groupe de consommateurs, groupés autour d'une problématique commune. : (i) la protection des droits diffus; (ii) des droits collectifs; (iii) les droits individuels homogènes. La défense collective est facilitée par la possibilité pour un juge de renverser le fardeau de la preuve au bénéfice des consommateurs

L'Allemagne prévoit depuis 1965 les actions en cessation ou rétractation qui peuvent être entreprises par les associations. Les actions contre les clauses abusives, si elles sont entreprises par les associations de consommateurs, pourront avoir un effet de chose jugée élargie.

[...] toutes les conditions générales antérieures ou postérieures contenant les clauses sanctionnées peuvent être interdites sur le fondement du jugement de sanction : il n'y a pas interdiction judiciaire d'utiliser les conditions générales sanctionnées, mais le cocontractant reçoit une exception dont il peut invoquer le bénéfice en se prévalant du jugement²⁹⁷.

Les recours entrepris par les associations allemandes doivent être précédés d'un avis au défendeur, qui pourra régler par voie de transaction en signant un engagement qui le liera au même titre qu'un jugement et qui sera assorti d'une clause pénale.

Aux États-Unis, certains États prévoient un droit d'agir contre les pratiques déloyales pour les consommateurs hors tout dommage direct, sans obligation de prouver « l'intérêt public ». Le fait que les recours ne soient pas harmonisés entre les différents États soulève par contre quelques problèmes.

La Directive européenne a imposé à ses membres de prévoir des mécanismes par le biais desquels les associations de consommateurs pourraient intervenir à l'encontre des clauses abusives.

En vertu de l'Art. 7(1) de la Directive 93/13, les États membres doivent veiller à ce que des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation par les professionnels des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. La Directive laisse une grande liberté aux États membres dans le choix des moyens à mettre en oeuvre. Le droit communautaire a cherché à s'adapter aux systèmes existants dans les États membres, avant même l'entrée en vigueur de la Directive 93/13. L'Art. 7(2) de la Directive 93/13 énonce donc dans des termes généraux que : « Les moyens (...) comprennent des dispositions permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou organismes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses ». Cette règle est complétée par la Directive 98/27 relative aux actions en cessation pour la protection des intérêts des consommateurs (voir particulièrement l'annexe n° 7 de la Directive)191.

Tous les États membres autorisent les actions judiciaires par des organisations visant à faire interdire l'utilisation ou la recommandation de clauses abusives dans les transactions juridiques. Dans certains États membres, l'accent est mis sur les procédures administratives (voir le n° 2), et dans presque tous les États membres il est aussi possible d'engager une action collective afin de lutter contre les clauses abusives

²⁹⁷ Kurt G. Weil; Fabienne Puis. Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives. Revue internationale de droit comparé. Vol. 46 N°1. Janvier-mars. pp. 125-140. http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1994_num_46_1_4814 (Page consultée le 25 septembre 2011).

(3.). *Certains États membres, comme par exemple la FRANCE et la SLOVAQUIE, ont aussi mis en place des actions pénales visant à interdire les clauses abusives.*

Il semble toutefois que de telles actions jouent dans la pratique un rôle subsidiaire, une analyse détaillée n'étant donc pas nécessaire ici²⁹⁸.

Si ce type de recours, qui semble pourtant prometteur, ne joue qu'un rôle subsidiaire, c'est probablement dû au fait que ce type de recours entraîne pour les associations de consommateurs des frais qu'elles ne sont pas en mesure d'assumer, puisque ce pouvoir n'est accompagné, pour toutes les juridictions pour lesquelles nous disposons de cette information, d'aucune forme d'aide financière. Des commentaires ont été relevés sur cette cause directe d'inaction aussi bien au Québec qu'en Allemagne, en Angleterre, en France et aux Pays-Bas.

Les décisions rendues dans le cadre d'actions collectives ont généralement un effet limité aux affaires en question. Toutefois, si l'effet d'une décision est limité à la clause en question, dans sa formulation précise, la décision n'empêche pas l'utilisateur de la clause de la remplacer par d'autres clauses tout aussi abusives, mais qui ne sont pas couvertes par la décision.

Certains États membres ont introduit des mécanismes destinés à éviter une telle éventualité, dans l'intérêt de la protection des consommateurs : Au ROYAUME-UNI, en vertu de l'Art. 12(4) du RCACC, une « injonction peut s'appliquer non seulement à l'utilisation d'une clause contractuelle spécifique rédigée pour une utilisation généralisée, mais aussi à toute clause similaire ou ayant le même effet, utilisée ou recommandée par toute personne ». De la même façon à CHYPRE, il est possible de demander des injonctions à l'encontre de plusieurs vendeurs ou fournisseurs dans le même domaine d'activité ou dans des domaines différents, qui utilisent ou recommandent l'utilisation généralisée des mêmes clauses contractuelles ou de clauses similaires. Dans ces pays, il est fait en sorte que les professionnels ne puissent contourner une décision en remplaçant la clause abusive par des clauses qui ont le même effet.

Enfin, on peut ajouter que les inconvénients de l'effet relatif des décisions pour le consommateur peuvent, en pratique, être évités si les organes administratifs, sur la base de la décision, poursuivent d'autres professionnels et étendent ainsi l'effet du jugement bien au-delà des actions individuelles²⁹⁹.

B) Les pouvoirs des organismes chargés de l'application des lois et les sanctions

L'Office de la protection du consommateur, au Québec dispose du même recours à l'injonction, concernant les clauses interdites, que celui dont nous parlions plus haut. Il dispose aussi du pouvoir de déposer des demandes d'injonction et d'entreprendre des poursuites pénales envers les commerçants qui se livrent à des pratiques interdites ; attendu que l'utilisation de clauses abusives ne constitue pas une pratique interdite, ces pouvoirs ne lui sont d'aucun secours relativement aux clauses abusives.

En Australie, le commerçant pourra faire l'objet de sanctions administratives ou pénales.

²⁹⁸ Martin EBERS. Compendium CE, *op.cit.*

²⁹⁹ *Ibid.*

Au Brésil, les clauses abusives sont celles qui créent un déséquilibre entre les parties, d'où la rigueur du législateur dans la sévérité des sanctions prévues (des peines de prison allant jusqu'à deux ans sont même prévues concernant la publicité mensongère).

Les lois de l'Alberta et de la Saskatchewan donnent des pouvoirs étendus aux organismes chargés d'appliquer la loi : ces derniers pourront, dans l'intérêt public, entreprendre contre les commerçants les recours dont disposent les consommateurs, ou poursuivre en vue de le mener à terme un recours qui aurait été entrepris par un consommateur.

À MALTE, lorsqu'une personne ne se conforme pas à une injonction du Directeur de la consommation, un tel manquement est considéré comme une infraction pénale et répréhensible en tant que telle. Toutefois, il est suggéré que ces sanctions soient réévaluées et remplacées par un régime d'amendes administratives plus effectif dans la mesure où l'action pénale dure invariablement longtemps et que la charge de la preuve dans de telles instances est identique à la charge de la preuve en matière pénale – c'est-à-dire une preuve allant au-delà du doute raisonnable³⁰⁰.

Cette proposition est à considérer sérieusement ; son application serait certes facilitée par l'adoption d'une liste qui établisse clairement quelles clauses sont interdites et dont l'utilisation est susceptible d'entraîner une amende.

C) Les Commissions

Les commissions ou conseils de la consommation sont chose courante au sein de l'Union européenne. Ces organes habituellement paritaires sont généralement composés de représentants des consommateurs, de représentants de l'industrie et de représentants du ministère ou de l'organisme de surveillance concerné, auxquels peuvent s'ajouter des experts.

Ces commissions possèdent en règle générale des rôles de veille et de recommandation.

On retrouve en France, par exemple, la Commission des clauses abusives qui, entre autres, vérifie le contenu normatif des contrats, propose des adaptations législatives, propose aux commerçants des contrats types, et qui étudie, dénonce et conteste les contrats utilisés dans certains secteurs de la consommation.

Il existe dans chaque État membre un Conseil de la Consommation sauf :

- *en Allemagne où les comités de la consommation ne correspondent pas exactement au concept du conseil de la consommation,*
- *en Irlande où il est à l'état de projet,*
- *en Italie,*
- *en Suède, où le gouvernement envisage d'instituer un conseil pour les questions de consommation au sein du gouvernement³⁰¹.*

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Ibid.*

En Allemagne, cinq organismes se partagent les tâches :

- I. Comité Consultatif de la Consommation auprès du Ministère Fédéral de l'Économie,
- II. Conseil de la consommation de l'institut allemand de normalisation,
- III. Comité de la consommation auprès du ministère fédéral de l'alimentation, de l'agriculture et des forêts,
- IV. Comité des équipements techniques,
- V. Commission du code allemand des denrées alimentaires.

[la] tâche [du Comité Consultatif de la Consommation] est de représenter l'opinion des consommateurs, d'émettre des avis et de formuler des suggestions à l'adresse du gouvernement fédéral sur des questions fondamentales de politique des consommateurs. Il a été créé par décret du ministre fédéral de l'économie, mais ne dépend d'aucune structure administrative. Les membres sont choisis pour leur connaissance du consumérisme (consommateurs, syndicalistes, journalistes,...), et sont nommés par le Ministre à titre personnel³⁰².

Aux Pays-Bas, une Commission du contentieux a été mise sur pied qui a pour tâche de veiller au règlement de litiges de consommation.

Selon Benoît Moore, le Québec devrait :

[...] penser à mettre sur pied, à l'instar de la France, une commission qui verrait à étudier la présentation du contrat et son contenu normatif ; proposer ponctuellement des réformes afin d'adapter la législation aux pratiques nouvelles ; soumettre aux commerçants des types de contrats ; étudier, dénoncer et contester les contrats utilisés., une commission qui aurait comme mandat de « proposer la réglementation ou l'interdiction de certaines clauses, à mesure qu'elles apparaissent, de proposer l'utilisation de contrat ou de clauses types, ou encore de voir au respect de la législation en dénonçant les contrats qui ne s'y conforment pas », devrait être mise sur pied au Québec³⁰³.

D) La publication

Certains États membres (particulièrement la Pologne, le Portugal et l'Espagne) sont dotés d'un Registre des Clauses Standardisées, dont la finalité est d'accroître la protection des consommateurs en rendant publiques les clauses et les décisions de justice dans le domaine des clauses abusives. Ce registre a certains effets vis-à-vis des Notaires, des Officiers publics et des juges.

Dans le cas de services financiers, des organismes de surveillance, soit l'*Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)* et l'*Australian Securities and Investments Commission (ASIC)* ont le pouvoir de publier des avis pour informer le public de la présence, chez un commerçant, de pratiques ou de clauses potentiellement abusives, et cela, sans obtenir la permission préalable d'un tribunal.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ Benoît MOORE, *La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle*, dans François MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, pp. 113-130..

Conclusion

Le contrat doit être utile. L'utilité s'entend dans le sens d'intérêt général. Le contrat a une utilité sociale. Il s'avère l'instrument par excellence pour effectuer les échanges de biens et de services entre les personnes. Cet instrument est indispensable à la vie en société. Le citoyen ne vit ni en ermite, ni en solitaire. Il a nécessairement besoin de l'activité de ses pairs et de mécanismes juridiques pour assurer sa croissance. Le contrat a donc une utilité sociale certaine, et c'est à ce titre que le législateur le sanctionne et qu'il intervient pour contrôler les abus qu'il peut engendrer³⁰⁴.

Cette préoccupation à l'égard des abus que peuvent engendrer les contrats, et plus particulièrement les contrats de consommation est devenue ces dernières années une préoccupation que l'on pourrait presque qualifier d'universelle.

Les États membres de l'Union européenne travaillent à mettre sur pied et à actualiser des protections contre les clauses abusives et l'exploitation par ce biais des consommateurs pour satisfaire des intérêts économiques.

Les législateurs dans les provinces canadiennes, qui possèdent au sein de la fédération la compétence exclusive d'intervenir en ces matières, travaillent à moderniser leurs lois de protection du consommateur. La problématique des clauses abusives est toutefois abordée jusqu'à maintenant à la pièce ; au Québec, par exemple, le législateur, au gré des problèmes les plus urgents, réglemente certains domaines (les services rendus à distance, incluant la téléphonie, les cartes cadeau) ou interdit nommément certains types de clauses, sans aborder de front une question, celle des clauses abusives, qui est traitée expressément par le Code civil, mais que la Loi sur la protection du consommateur semble éviter.

L'exemple européen pourrait, semble-t-il nous indiquer, sur deux plans, la voie à suivre.

Notre recherche nous a amenés à relever les meilleures pratiques en matière d'interventions portant sur les clauses abusives. Les différentes avenues empruntées notamment par les législateurs des États membres de l'Union européenne telles que synthétisées dans la section précédente, nous indiquent des moyens d'intervention desquels il pourrait être bon de s'inspirer au Canada. L'existence de la Directive européenne elle-même nous indique une autre voie qu'il nous semble essentiel de suivre à notre tour : il s'agit de celle de l'harmonisation.

Outre le fait que les Canadiens méritent tous de profiter d'une protection maximale, et égale, contre les clauses abusives, il est maintenant reconnu qu'il existe des barrières évidentes au commerce résultant du droit des clauses abusives :

³⁰⁴ Brigitte LEFEBVRE, La justice contractuelle : mythe ou réalité ?, Les Cahiers de droit, vol. 37, N° 1, 1996, pp. 17-30, p. 21.

Le Compendium de droit de la consommation, traitant des obstacles au commerce transfrontalier, soulève que les différences de traitement des clauses abusives constituent une barrière évidente :

Ainsi, les professionnels ne peuvent pas utiliser une clause contractuelle qui serait valable sur l'ensemble du territoire de l'UE et doivent au contraire utiliser différentes clauses en fonction des États membres. Il en résulte donc des obstacles considérables au fonctionnement du marché intérieur. Les professionnels doivent supporter des coûts de transaction très importants lorsqu'ils proposent des contrats d'adhésion au-delà des frontières³⁰⁵.

Le Québec, conscient du poids qu'imposerait aux commerçants l'obligation de préparer des contrats distincts pour les consommateurs de la province, prévoit à la *Loi sur la protection du consommateur* une simple obligation d'indiquer clairement les clauses qui ne sont pas applicables au Québec en vertu de la Loi. Il résulte de ce compromis une situation pour le moins étrange : le législateur qui prend le soin de déclarer qu'une clause est interdite (puisque c'est l'approche retenue) indique du même coup aux utilisateurs de cette clause le moyen de l'inclure au contrat en toute légalité.

L'avantage de l'adoption par l'ensemble des provinces canadiennes de règles d'interdiction uniformes et, idéalement, de listes de clauses interdites qui se recoupent, voire qui se confondent semble évident, à la fois pour le consommateur canadien où qu'il se trouve, mais aussi pour l'industrie qui n'aura à s'adapter qu'à un ensemble de règles désormais beaucoup plus claires.

Le fait que les provinces canadiennes partagent, en matière de droit civil, deux régimes distincts, soit le droit civiliste et la common law ne présente dans les faits aucun problème : l'application de la Directive européenne au sein des États membres, qui présentent cette même dualité n'a posé aucun problème de taille. L'exemple américain peut aussi être invoqué, les États américains présentant aussi, quoique dans une bien moindre mesure, cette dualité.

Une application généralisée de règles communes semble aujourd'hui d'autant plus facile que la frontière entre les approches différentes en matière d'abus ou d'exploitation dans les contrats apparaissent de plus en plus théoriques, les théories de clauses abusives, de lésion, d'iniquité (unconscionability) et autres principes de common law et de droit civil étant de plus en plus invoqués, de façon transversale, dans l'application des règles adoptées en vertu de ces deux approches.

Les États américains et les États membres de l'Union européenne ont bénéficié de l'intervention d'une entité supranationale qui a établi les règles communes qui leur permettraient d'harmoniser leur droit respectif. Les responsables de l'application des lois de protection du consommateur travaillent de concert à l'harmonisation de ces lois au Canada par le biais du Comité des mesures en matière de consommation.

Notre travail a été l'occasion de nous questionner sur la protection offerte au Canada relativement aux clauses abusives ; notre questionnement a été guidé par l'objectif d'élaborer des recommandations dont la mise en œuvre serait à notre avis susceptible d'assurer une amélioration substantielle de notre droit de la consommation. Nous adressons

³⁰⁵ Martin EBERS. Compendium CE, *op. cit.*

respectueusement ces recommandations aux législateurs provinciaux de même qu'au Comité des mesures en matière de consommation.

Une problématique qui n'est pas propre au contrôle des clauses abusives mais qui touche à l'une des questions soulevées dans le cadre de notre étude fera aussi l'objet d'une recommandation. Il s'agit de la question des recours collectifs dits sectoriels ; avant que la Cour d'appel, dans l'affaire Agropur, ne mette fin à cette pratique, certains recours collectifs étaient entrepris par des associations de consommateurs qui nommaient comme défendeurs plusieurs entreprises qui se rendaient coupables des mêmes pratiques. Le choix de prendre les mesures législatives nécessaires pour permettre que s'exercent de tels recours serait à notre avis judicieux. Il en va d'une part d'une question d'économie de la justice : les recours collectifs visant notamment à éviter la multiplication des recours, une telle mesure nous semblerait parfaitement cohérente.

Une telle reconnaissance de la validité des recours sectoriels permettrait de plus de contourner le problème lié à l'effet relatif des jugements, en matière de clauses abusives et autres pratiques interdites. Si l'initiative albertaine, qui permet aux consommateurs d'annuler individuellement leurs contrats suite à un jugement obtenu par un tiers, nous semble fort pertinente, il n'en demeure pas moins que le remède reste de cette manière individualisé. La problématique sous étude en étant une qui touche l'intérêt collectif des consommateurs, voire de la société (c'est notamment sur cette justification que se basent plusieurs interventions législatives sur la question), il nous semblerait judicieux qu'une procédure existante puisse être adaptée afin de permettre d'optimiser son efficacité et, du même coup, d'améliorer encore la protection des consommateurs et l'équité, en permettant que le plus grand nombre de victimes de pratiques que désapprouverait la loi puissent être d'un même coup indemnisées.

Recommandations

1. **Union des consommateurs recommande aux législateurs provinciaux** de veiller à ce que leur législation portant sur la protection du consommateur prévoit des mesures explicites visant au contrôle des clauses abusives dans les contrats de consommation.

- a) Les dispositions relatives aux clauses abusives devraient être d'ordre public et nul ne devrait pouvoir y déroger
- b) Le caractère abusif d'une clause ou d'un contrat devrait pouvoir être soulevé d'office par le tribunal, même si l'action est prescrite
- c) Les dispositions relatives aux clauses abusives devraient être d'application générale et n'exclure aucun type de contrat de consommation à moins que des dispositions équivalentes n'accordent la même protection aux consommateurs relativement à ces contrats
- d) La définition de ce qui est abusif devrait, si elle contient une référence à la bonne foi, indiquer clairement que toute clause qui crée un déséquilibre significatif est systématiquement contraire à l'exigence de bonne foi
- e) Les mesures de contrôle prévues à la loi devraient fonder les notions de lésion et les mesures associées aux clauses abusives proprement dites : la loi devrait permettre de sanctionner le déséquilibre global, le défaut d'équivalence entre les prestations aussi bien que le déséquilibre que révèle une clause particulière du contrat
- f) Tous les contrats de consommation et tous les types de clauses qui s'y retrouvent, y compris les clauses essentielles et les clauses qui ont pu faire l'objet de négociation par le consommateur devraient pouvoir faire l'objet d'un examen de leur caractère abusif

Les critères de détermination

- g) Pour déterminer le caractère abusif d'une clause ou d'un contrat, le tribunal devrait pouvoir se pencher sur le processus qui a mené à la conclusion du contrat aussi bien que sur le contenu des clauses proprement dites ; les conclusions sur l'un ou l'autre des aspects devraient pouvoir amener le tribunal à reconnaître le caractère abusif d'une clause ou d'un contrat
- h) Le tribunal devrait pouvoir tenir compte, dans la détermination du caractère abusif d'une clause ou d'un contrat, de l'ensemble des clauses du contrat ainsi que de celles d'un contrat accessoire dont dépendrait ce contrat
- i) L'aspect subjectif du déséquilibre que crée le contrat ou la clause en litige devrait pouvoir être pris en compte par le tribunal tout autant que le déséquilibre objectif
- j) Le déséquilibre dont le tribunal devrait tenir compte dans sa détermination devrait pouvoir être celui que créait le contrat ou la clause au moment de la conclusion du contrat aussi bien que tout déséquilibre qui survient au fil de l'exécution du contrat

- k) Dans le cadre de sa détermination, le tribunal devrait pouvoir tenir compte du comportement des parties au moment de la conclusion du contrat ainsi que de leurs comportements subséquents
- l) Le caractère abusif d'une clause ou d'un contrat devrait pouvoir être reconnu même si le déséquilibre que constate le tribunal au moment de la détermination n'était pas prévisible pour les parties au moment de la conclusion du contrat

Effets d'une clause abusive reconnue :

- m) Une clause reconnue comme étant abusive devrait pouvoir être annulée ou modifiée par le tribunal ; dans la mesure où il peut être maintenu, le contrat devrait continuer à exister sans la clause déclarée abusive et annulée par le tribunal
- n) Une qualification par le tribunal du caractère abusif d'une clause contractuelle devrait avoir pour effet de rendre cette clause nulle et inopposable au consommateur
- o) La déclaration par le tribunal qu'une clause est abusive devrait permettre aux consommateurs qui sont liés par un contrat identique conclu auprès du commerçant ou des commerçants visés par le jugement d'annuler de plein droit, sans frais et sans pénalité ledit contrat sur simple avis au commerçant

Listes de clauses abusives

- p) La loi, outre une disposition générale interdisant l'usage de clause abusive, devrait prévoir une liste de clauses considérées comme abusives
- q) Le caractère abusif des clauses apparaissant dans la liste devrait faire l'objet d'une présomption irréfragable
- r) Une clause reconnue abusive par le tribunal devrait être retirée des contrats du commerçant visé par la détermination
- s) Le législateur devrait veiller à ce que les clauses reconnues abusives par un tribunal soient intégrées dans les meilleurs délais à la liste de clauses prohibées
- t) La loi devrait prévoir un mécanisme qui permette une mise à jour continue et opportune de la liste des clauses abusives
- u) La loi devrait prévoir des sanctions administratives qui pourraient être imposées aux commerçants qui utilisent une clause incluse dans la liste de clauses interdites prévue par la loi ou toute clause similaire

Droit d'agir des associations de consommateurs

- v) La loi devrait conférer un droit d'action aux associations de consommateurs qui leur permettrait, dans l'intérêt collectif des consommateurs, de saisir les tribunaux en vue de faire déterminer le caractère abusif de clauses contractuelles

Effets sur les contrats, dommages à l'intérêt collectif des consommateurs et présomption irréfragable

- w) Le tribunal saisi par une association de consommateurs devrait pouvoir ordonner, outre la non-applicabilité des clauses déclarées abusives, le retrait de la clause en litige des contrats des commerçants visés par le recours ainsi que l'interdiction de remplacer la clause déclarée abusive par toute clause similaire, sous peine d'outrage
- x) Le tribunal qui, à la demande d'une association de consommateurs, conclut au caractère abusif d'une clause contractuelle devrait pouvoir ordonner le paiement de dommages causés à l'intérêt collectif des consommateurs
- y) Dans le cadre d'un recours entrepris pour compenser les dommages subis par les consommateurs à qui une clause avait été imposée et qui a été déclarée abusive dans le cadre d'un recours entrepris par une association de consommateurs, tel jugement devrait pouvoir établir une présomption irréfragable de la commission d'une pratique interdite

2. **Union des consommateurs recommande que** les législateurs provinciaux examinent la possibilité et la pertinence de mettre sur pied des Commissions de clause abusives dont la mission porterait sur la vérification du contenu normatif des contrats ainsi que l'étude et la dénonciation des contrats utilisés dans certains secteurs de la consommation, et qui pourrait proposer des adaptations législatives, proposer aux commerçants des contrats types, etc.

- a) Une telle Commission devrait être sous l'autorité du ministère ou de l'organisme de surveillance chargé de l'application de la loi de protection du consommateur et des représentants des associations de consommateurs devraient être invités à y participer et une allocation des ressources suffisantes pour une participation adéquate devrait être prévue pour ces associations

3. **Union des consommateurs recommande aux gouvernements provinciaux** de se doter d'un Registre de clauses interdites, dont la finalité serait d'accroître la protection des consommateurs en rendant publiques les décisions de justice dans le domaine des clauses abusives ainsi que, le cas échéant, les listes de clauses élaborées en vertu de la loi ; de plus, la présence, chez un commerçant, de pratiques ou de clauses potentiellement abusives, devrait être rendue publique et cela, sans obtenir la permission préalable d'un tribunal.

4. **Union des consommateurs recommande au Comité des mesures en matière de consommation** de veiller à la mise en œuvre des présentes recommandations en vue d'assurer l'harmonisation des législations à venir dans les juridictions provinciales

5. **Union des consommateurs recommande** aux gouvernements provinciaux de veiller à ce que des mécanismes soient mis en place afin d'assurer aux associations de

consommateurs les ressources suffisantes pour leur permettre d'entreprendre et de poursuivre de manière adéquate les recours qui leur seraient confiés relativement aux clauses abusives et les recherches nécessaires dans le cadre ou en vue de ces recours

- 6. Union des consommateurs recommande que** les législateurs provinciaux reconnaissent par voie législative aux associations de consommateurs le droit d'entreprendre des recours dans l'intérêt collectif des consommateurs ; cette reconnaissance devrait être conçue de façon à justifier aussi l'exercice de recours collectifs sectoriels

Médiagraphie

ARMELIN, Donaldo. Le consommateur et le procès, thèmes N° 4 Rapport brésilien, Journées colombiennes 24 – 28 septembre 2007, tome LVII. Association Henri Capitant, Paris, France, mai 2010.

Australia Consumer Law, A guide to the unfair contract terms law, Australian Competition and Consumer Commission, Australian Competition and Consumer Commission, Canberra Australie, 2010, 33 pages.

[http://www.asic.gov.au/asic/pdflib.nsf/LookupByFileName/Guide-to-the-unfair-contract-terms-law-28052010.pdf/\\$file/Guide-to-the-unfair-contract-terms-law-28052010.pdf](http://www.asic.gov.au/asic/pdflib.nsf/LookupByFileName/Guide-to-the-unfair-contract-terms-law-28052010.pdf/$file/Guide-to-the-unfair-contract-terms-law-28052010.pdf)

Australian Government, Productivity Commission. Review of Australia's Consumer Policy Framework - Inquiry Report. No. 45, Vol. 2 – Chapters and Appendixes, gouvernement de l'Australie, Melbourne, Australie, 30 April 2008.

<http://www.pc.gov.au/projects/inquiry/consumer/docs/finalreport>

BACON, Francis. A Collection of some principall rules ans maximes of the common lawes of England with their latitude and extent. London, Grande-Bretagne, 1636, réimpression février 2002.

BARROSO, Luís Roberto. La protection collective des droits au Brésil et quelques aspects de la class action américaine, colloque Actions collectives, cour de Cassation, Paris, France, juin 2005, 30 pages.

<http://www.courdecassation.fr/IMG/File/barroso-actionco-bresil.pdf>

BERLIOZ, George. Le contrat d'adhésion. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1973.

BIQUET-MATHIEU, Ch. Les contrats du consommateur - Rapport de droit belge - Texte provisoire - (arrêté au 10 juillet 2007), Journées colombiennes 24 – 28 septembre 2007, tome LVII. Association Henri Capitant, Paris, mai 2010, 21 pages.

http://www.henricapitant.be/documents/jcolombiennes_rapport.pdf

BOURGOIGNIE, Thierry, Pierre-Claude LAFOND et Lindy ROUILLARD. La réforme de la Loi sur la protection du consommateur du Québec. Jalons pour un Code de la consommation du Québec. Conférence, Groupe de recherche en droit international et comparé de la consommation UQAM, Montréal, 2010.

Cabinet Adam-Caumeil, Avocats – Rechtsanwälte Les, Conditions générales de vente en Allemagne, Paris, 18 pages.

<http://www.adam-caumeil-storp.com/anwaltskanzlei/pdf/geschaeftsbedingungen.pdf>

CHARPENTIER, Élise. L'article 1437 du Code civil du Québec: L'art de lire un article qui surprend, dans Mélanges Jean Pineau, sous la direction de Benoît Moore, Éditions Thémis, Montréal, 2004, 9 pages.

<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/2233/1/L%27article%201437%20C.c.Q.%20-%20De%20l%27art%20de%20lire%20un%20article%20qui%20surprend.pdf>

CHOLEY, Jean-Yves. L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion : Thèse Aix-en-Provence, 1975.

Code civil du Bas Canada, 1er Rapport des commissaires, Stewart Derbishire et Desharats, Québec, 1863.

CÔTÉ, Pierre-André. Interprétation des lois, 3e éditions, Les Éditions Thémis, Montréal, 1999, 1035 pages.

CROTEAU, Nathalie. Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi, vol 26 de la Revue de l'université de Sherbrooke, Sherbrooke, 1996, 28 pages.

http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_26/26-2-croteau.pdf

DANKERS-HAGENAARS, Diana. Les contrats du consommateur, Rapport Néerlandais, Journées colombiennes 24 – 28 septembre 2007, tome LVII. Association Henri Capitant, Paris, mai 2010.

EBERS, Martin, Analyse comparative. C. Directive relative aux clauses contractuelles abusives (93/13). In Compendium CE de Droit de la consommation. Universitat Bielefeld, Bielefeld, Allemagne, 2011, 104 pages.

http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_fr_final.pdf

FREUDENTHAL, Mirjam. Le droit du consommateur, Thème 4 : Le consommateur et le procès, Journées colombiennes, 24-28 septembre 2007, tome LVII. Association Henri Capitant, Paris, mai 2010.

FROMONT, Michel. L'influence de la Constitution sur le Code civil au Brésil, La Lettre du Centre français de droit comparé, N° 58, Paris, France, octobre 2008.

GONTHIER, Charles. Les Chartes – nos rôles et défis -- Valeurs, droit et éthique, texte de la conférence : L'arrêt Chaoulli : la santé, la justice et la société, XVIIe Conférence des juristes de l'État, Canada, 2006, 22 pages.

http://cisdl.org/gonthier/public/pdfs/publications/Les_Chartes- Rles et Dfis - Charles_D_Gonthier.pdf

GRAMMOND, Sébastien, La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé, Cahiers de droit, Université d'Ottawa, Canada, 2009, 34 pages.

<http://www.ruor.uottawa.ca/fr/handle/10393/12769>

GREDDICC. L'accès des consommateurs à la justice. Textes de conférences organisées par le GREDDICC de l'UQAM, présentées à Montréal en 2008-2009, recueil de textes sous la direction de Pierre-Claude Lafond, éditions Yvon Blais, Cowansville, 2010, 196 pages.

HINESTROSA, Fernando. Les contrats du consommateur, Rapport brésilien, Journées colombiennes 24 – 28 septembre 2007, tome LVII. Association Henri Capitant, Paris, mai 2010.

INGEN-HOUSZ, Arnaud. Du CC aux BW et NBW hollandais : À propos de la règle déterminante de 'la raison et l'équité', Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises (IDEF), Courbevoie, France, 25 février 2004, 8 pages
<http://www.institut-idef.org/A-propos-de-la-regle-determinante.html>

JOBIN, Pierre-Gabriel, Deux lacunes de la justice contractuelle dans le Code civil du Québec, Contribution au Congrès virtuel 2004 de l'Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises (IDEF) sur le thème *Le code civil français. Droit des obligations face à la mondialisation*, mai 2004, 12 pages.
<http://www.institut-idef.org/IMG/doc/JOBIN.doc>

JOBIN, Pierre-Gabriel, L'équité dans les contrats, dans Pierre- Claude LAFOND, Mélanges Claude Masse – En quête de justice et d'équité, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2003.

JOBIN, Pierre-Gabriel, La modernité du droit commun des contrats dans le code civil du Québec : Quelle modernité? R.I.D.C. 1-2000, 49, 57.

KATSH, E. The Data Highway Of Health Or Commerce Or Education Can Be The Source Of As Much Litigation As The Paved Highways Of The Physical World." Law In A Digital World

LABELLE, Yannick. Les contrats de consommation : quand est-il permis de changer les règles du jeu? Union des consommateurs, Québec, 2009, 144 pages.
http://www.consommateur.qc.ca/union-des-consommateurs/docu/protec_conso/contrats_consommation.pdf

LAFOND, Pierre Claude. « Pour un code québécois de la consommation », dans F. MANIET (dir.), Pour une réforme du droit de la consommation au Québec — Actes du colloque de la Fondation Claude Masse, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 169-185.

LEBEL, Louis. Le principe de bonne foi en droit civil québécois. Manuscrits de la conférence en mémoire de l'honorable Charles D. Gonthier. Montréal, 2011.
<http://cisdl.org/gonthier/public/pdfs/papers/Conf%C3%A9rence%20Charles%20D%20Gonthier%20-%20Louis%20LeBel.pdf>

LEFEBVRE, Brigitte. La justice contractuelle : mythe ou réalité ?, Les Cahiers de droit, Vol. 37, N° 1, Faculté de droit de l'Université Laval, Québec, 1996.
<http://id.erudit.org/iderudit/043375ar>

LUELLES, Didier. Les règles de lecture forcée «contra proferentem» et «contra stipulatorem» : du rêve à la réalité, Revue juridique Thémis, Éditions Thémis, Montréal, 2003.
http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol37num3/01_regles_lecture.pdf

MIERLO, Thom van. Consumer Protection on the Single Market: Self-Regulation for Dating Services, Kluwer Law International. The Social and Economic Council of the Netherlands (SER), La Haye, Hollande, 2007, 14 pages.
http://www.ser.nl/en/about_the_ser/responsibilities/~media/Files/Internet/Consumentenvoorwaarden/algemeen/Dutch_approach.ashx

Ministre de la Justice, Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec, Québec, Publications du Québec, Québec, 1993.

MOORE, Benoît. La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle. La réforme de la Loi sur la protection du consommateur. Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2005.

MOORE, Benoît. Les clauses abusives : Dix ans après, Revue du Barreau, Québec, tome 63, printemps 2003.

MOORE, Benoît. Sur l'avenir incertain du contrat de consommation, dans Les contrats du consommateur, Rapport national québécois Partie I, Journées colombiennes 24 – 28 septembre 2007, tome LVII. Association Henri Capitant, Paris, mai 2010.

OVERBY, A. Brooke. An Institutional Analysis of Consumer Law, Comparative consumer protection, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol 34, N° 5, Université Vanderbilt, Nashville, Tennessee, Etats-Unis, novembre 2001.

<http://law.vanderbilt.edu/publications/journal-of-transnational-law/archives/volume-35-number-1/download.aspx?id=2000>

REMIEN, Olivier. La politique à l'égard des consommateurs de l'Allemagne comparativement à celle des autres États membres de l'Union Européenne, Commission des clauses abusives en action : 30e anniversaire, La protection du consommateur contre les clauses abusives en Grande-Bretagne, Colloque du trentenaire, Paris, France, 20 mars 2009.

http://ec.europa.eu/consumers/reports/nat_folder/rappde_fr.pdf

REICH, Norbert. Loyauté des transactions avec les consommateurs - la Federal Trade Commission américaine (FTC) peut-elle servir de modèle pour une protection efficace des consommateurs dans le marché unique européen ? - Document thématique pour la 3e assemblée annuelle des associations non gouvernementales de consommateurs, Bruxelles, les 23 et 24 novembre 2000.

http://ec.europa.eu/dqs/health_consumer/events/event32_wrks2-1_fr.html

RIEG, Alfred. République fédérale d'Allemagne, les clauses abusives et le consommateur, in : Revue internationale de droit comparé. Vol. 34, N° 3, Université de Strasbourg III, Strasbourg, Allemagne, juillet-septembre 1982.

Service à la famille et Consommation du Manitoba. Office de la protection du consommateur, Manitoba, Canada.

Contrats de téléphonie cellulaire, sans date.

<http://www.gov.mb.ca/fs/cca/cpo/cellphones.fr.html>

Pour de meilleures conditions de marché. Plan du Manitoba pour une meilleure protection du consommateur. Améliorer la protection du consommateur dans les contrats de téléphonie cellulaire et des services sans-fil, document de consultation publique, décembre 2012. 12 pages.

<http://www.gov.mb.ca/fs/cca/cpo/pubs/cellphone.fr.pdf>

SCHWARTZ, Victor E. et Cary SILVERMAN, Common-Sense Construction of Consumer Protection Acts, Kansas Law Review, Vol. 54, Kansas, États-Unis, 2006.

TEPEDINO, Gustavo et Anderson SCHREIBER. Culture et droit civil : rapport brésilien. In Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome LVIII – Droit et culture : journées louisianaises 19-23 mai 2008, Paris, France, mai 2010.

The Law Commission and The Scottish Law Commission, Unfair Terms in Contracts: A Joint Consultation Paper, Consultation Paper N° 166, Discussion Paper N° 119, London TSO, Londres, Royaume uni, 2002, 270 pages.

http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/cp166_Unfair_Terms_In_Contracts_Consultation.pdf

The Netherlands - Consumer policy institutions - Consumer policy institutions and Consumer policies, site de la European Commission – Consumer Affairs, juin 2009.

http://ec.europa.eu/consumers/overview/country_profile/NL_web_country_08profile.pdf

THOUMYRE, Lionel. L'échange des consentements dans le commerce électronique. Lex Electronica - Revue du Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, Montréal, 1998.

<http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm>

Union des consommateurs, Mémoire sur le projet de loi N° 60, Union des consommateurs, Montréal, 19 octobre 2010, 17 pages.

http://www.consommateur.qc.ca/union-des-consommateurs/docu/protec_conso/UCLoi60091020.pdf

WEIL, Kurt G. Fabienne PUIS. Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la Directive communautaire relative aux clauses abusives. Revue internationale de droit comparé. Vol. 46, N°1, Paris, France, janvier-mars 1994, pp 125-140.

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1994_num_46_1_4814

WHITTAKER, Simon. professor of european comparative law, St. John's College, Contributions du colloque, Commission des clauses abusives en action : 30e anniversaire, La protection du consommateur contre les clauses abusives en Grande-Bretagne, Colloque du trentenaire, Paris, France, 20 mars 2009.

<http://www.clauses-abusives.fr/colloque/swhittaker.htm>