

LA RÉFORME DU DROIT DE LA CONSOMMATION ET L'ÉQUITÉ CONTRACTUELLE

Benoît Moore*

Dans une chronique demeurée célèbre, en 1935, Henri Mazeaud remarquait qu'il était possible de ramener l'ensemble du droit civil en quelques principes, réparation du dommage, la condamnation de l'enrichissement sans cause, lesquels principes peuvent à leur tour être ramenés à une seule grande idée maîtresse : l'équité¹.

S'il est en effet une notion floue, c'est bien l'équité. D'abord, elle ne peut être parfaitement définie ; elle relève plus du sentiment que de la vérité. Mais aussi elle est polysémique. Il y a l'équité-pouvoir, c'est-à-dire cet éventuel système parallèle qui permettrait au juge de décider en fonction de l'équité, du juste, même si cela exige qu'il crée une nouvelle règle de droit ou même qu'il s'écarte d'une règle législative qu'il considère inique dans certaines circonstances.

Mais il y a aussi l'équité-valeur², celle qui réfère au résultat désiré du droit, c'est-à-dire à la justice, à l'équilibre. Cette équité, comme le faisait remarquer le professeur Jobin, était présente dans le *Code civil du Bas Canada*³. Elle pouvait expli-

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et avocat au Barreau du Québec.

1. Henri MAZEAUD, « L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », D. 1935. c. 5.
2. La professeure Lefebvre parle d'équité subjective pour l'équité-règle, et d'équité objective, pour l'équité-valeur : Brigitte LEFEBVRE, « La justice contractuelle : mythe ou réalité ? », (1996) 37 *C. de D.* 17, 24.
3. Pierre-Gabriel JOBIN, « L'équité dans les contrats », dans Pierre-Claude LAFOND, *Mélanges Claude Masse - En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 473, 480.

quer plusieurs dispositions notamment les fondements de la responsabilité civile, le mandat apparent ou le régime des obligations naturelles. Cette équité semblait pourtant absente du domaine contractuel. En réalité cette absence était idéologique ; le *contrat était l'équité*, celle-ci s'exprimant par le consentement des parties et la concurrence du marché. C'était bien là le sens de la trop célèbre formule : « Qui dit contractuel dit juste ».

Cette idéologie, fondée sur l'omnipotente volonté, et sur le non moins célèbre principe de son autonomie, véritable fondement philosophique du contrat et de sa force obligatoire, a dominé l'ère de l'ancien Code. Mais force est de constater qu'elle a bien plus dominé l'esprit des juristes que le Code lui-même ou le législateur. Ainsi, les tribunaux n'ont que très modestement utilisé les outils qu'ils avaient à leur disposition afin de tempérer la rigidité du contrat. Pensons à la théorie des vices du consentement mais surtout à l'équité elle-même, pourtant spécifiquement présente en matière contractuelle, à l'article 1024 C.c.B.-C.⁴ Devant le constat que le droit tel qu'appliqué faisait reposer la justice sur le contrat plutôt que le contrat sur la justice, pour reprendre la formule de Ripert⁵, le législateur est intervenu, ponctuellement, progressivement, afin de rééquilibrer, lorsque nécessaire, les forces contractantes. Mais encore ici, et malgré l'intention du législateur, les tribunaux, empreints de vieux réflexes marqués par la stabilité du contrat et la liberté contractuelle ont donné à ces interventions (pensons à l'article 1040 c) C.c.B.-C.) une interprétation restrictive. C'est dans ce contexte que le législateur est intervenu, d'abord en 1971, puis en 1978, en matière de protection des consommateurs⁶.

Or depuis la loi de 1978, le droit civil et le droit commun des obligations tout spécialement, ont subi de profondes muta-

4. Jean PINEAU, « Les grands objectifs et les lignes de force de la réforme », (1989) 30 *C. de D.* 587, 588 ; P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 3, 488.

5. Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1949, n^o 73, p. 126-127.

6. Sur ce contexte et l'évolution de l'équité contractuelle sous le *Code civil du Bas Canada*, voir : Claude MASSE, « Fondement théorique de l'évolution du droit québécois de la consommation », dans Pierre-Claude LAFOND, *Mélanges Claude Masse – En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 39, 69.

tions. Profondes mutations tout d'abord par l'intervention plus affirmée des tribunaux. La Cour suprême, en tête de liste, par plusieurs arrêts, dont les affaires, *Soucisse*⁷, *Houle*⁸ et *Bail*⁹, utilise l'équité de l'article 1024 C.c.B.-C. afin de reconnaître un devoir général de bonne foi et ainsi donner de l'élan au contenu implicite du contrat. Pensons, par exemple, à la généralisation de l'obligation de renseignement ou la reconnaissance des obligations de loyauté et de collaboration. Puis, évidemment, dans le sillage, l'entrée en vigueur, en 1994, du *Code civil du Québec*, d'ailleurs fortement inspiré, en matière d'équité contractuelle, par la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁰ – il suffit simplement de penser à la reconnaissance du contrat de consommation, au principe de l'interprétation en faveur du consommateur, le dol par réticence, ou, surtout, à la définition de la lésion¹¹.

Cet interventionnisme judiciaire participe d'un mouvement plus global qui secoue les principes fondateurs du contrat. Le dogme de l'autonomie de la volonté comme fondement philosophique du contrat est abandonné depuis longtemps¹²; le contrat est *hétéronome*. Mais l'autonomie de la volonté retraitée aujourd'hui également en matière de force obligatoire du contrat. La doctrine française sur ce point repositionne le caractère obligatoire du contrat. Ainsi le professeur Ghestin, dans un texte devenu classique, propose que le contrat oblige parce qu'il est d'une part utile, et dans la mesure où il est juste¹³. Depuis ce moment, un fort courant doctrinal intègre au droit positif ce qui est maintenant d'usage d'appeler le solidarisme contractuel, vocable emprunté à une formule de Demogué et datant du milieu du siècle dernier¹⁴. Cette idée centrale est

7. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

8. *Banque Nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122.

9. *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.

10. Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 18; Pierre-Claude LAFOND, « Plaidoyer pour un code de la consommation du Québec », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 87, 103.

11. La définition de la lésion de la *Loi sur la protection du consommateur* a elle-même été inspirée des travaux de l'ORCC. : article 37 Livre V sur les obligations.

12. Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », (1997) *R.T.D.C.* 357, 373.

13. Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982. c. 1.

14. Sur cette notion, voir : Muriel FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Paris, PUF, 2004, n° 34, p. 72.

la source d'une déferlante ; les formules se multiplient, les auteurs s'emballent. On parle ainsi de civisme contractuel, de fraternité contractuelle, d'altruisme contractuel¹⁵. De cela, découlent des obligations de coopération, de collaboration, de cohérence, de motivation, de proportionnalité, de transparence, voire de décence. Le droit québécois, d'une façon peut-être moins lyrique, emboîte le pas. La doctrine moderne reconnaît en la bonne foi un des principes fondateurs du contrat¹⁶, voire l'un des fondements de sa force obligatoire¹⁷. La jurisprudence fait écho à la doctrine et à l'article 1375 C.c.Q. en reconnaissant sans cesse de nouvelles applications de la bonne foi.

C'est donc dire qu'une éventuelle réforme de la *Loi sur la protection du consommateur* se fera dans un contexte tout à fait différent de celui qui existait en 1978. Sans entrer dans le débat – traité par d'autres –, par ailleurs difficile et fondamental, du lieu de la réglementation, c'est-à-dire de savoir si celle-ci, totalement ou partiellement, doit se faire *dans* le Code ou à son côté, il est primordial de ne pas oublier ce nouveau contexte et de ne pas sous-estimer les nouvelles armes en matière d'équité contractuelle que le droit commun offre désormais afin de rétablir une égalité rompue. En ce sens, s'il est indéniable que la loi de 1978 a influencé la réforme du Code, celui-ci doit pouvoir maintenant influencer la réforme de la *Loi sur la protection du consommateur*, sans quoi celle-ci risque, si ce n'est déjà fait, d'être dépassée par sa gauche par le droit commun. Plus que jamais le droit de la consommation a intérêt à s'arrimer au droit commun¹⁸.

15. La professeure Thibierge-Guelfucci, parle d'égalité contractuelle, d'équilibre contractuel et de fraternité contractuelle : C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *loc. cit.*, note 12, p. 377.

16. Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^o 65, p. 93.

17. Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans *Développements récents en droit des contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 49, 53.

18. Claude Masse soulevait cette idée dès 1989 : « L'avant projet de loi et la protection des consommateurs », (1989) 30 *C. de D.* 827, 833. Voir aussi : Pierre-Claude LAFOND, « Contours et ramifications de la nouvelle définition du contrat de consommation du C.c.Q. », (1996) 56 *R. du B.* 569, 610 (relève l'idée de la complémentarité du droit commun et du droit de la consommation).

Afin d'établir dans quelle mesure cela doit se faire, et gardant en mémoire que l'équité contractuelle peut à elle seule embrasser l'ensemble des outils du droit de la consommation, nous nous limiterons à ce qui pourrait constituer une partie générale de la loi. À notre avis, c'est peut-être celle-là qui, actuellement, est la plus lacunaire, pêchant par un excès de brièveté et un manque de structure. Cela a actuellement pour conséquence que le contrôle du contenu contractuel se fait exclusivement par l'article 8 L.p.c., ce qui donne à la notion de lésion une signification trop englobante. Malgré une certaine tendance¹⁹, *la sanction de la lésion ne doit pas se confondre avec l'équité, elle n'est qu'une mesure qui en découle*. L'équité contractuelle réfère à un ensemble de moyens visant à faire respecter une justice commutative ; à protéger l'équilibre qui existait antérieurement au contrat. Tout englober sous la seule notion de lésion risque de créer « [...] un certain sentiment de confusion, tellement les pouvoirs d'appréciation discrétionnaires laissés aux juges par ces dispositions sont grands et variés »²⁰. Tel que le conseillait le juge Baudouin, il est important en matière de justice contractuelle de procéder aux distinctions qui s'imposent entre les nombreuses notions disponibles²¹. Il me semble qu'une ventilation et un ordonnancement de la partie générale de la loi pourrait à la fois donner une image plus structurée et rationnelle du droit de la consommation et en même temps préciser plus finement les contours de la protection. Deux idées semblent se détacher soit celle de l'équilibre économique du contrat (I) et de son équilibre normatif (II).

I- L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE DU CONTRAT

C'est certainement sur ce point que l'apport de la loi actuelle est le plus marquant. L'article 8 qui introduit dans le contrat de consommation, la lésion entre majeurs, est une exception plus qu'importante au principe du droit commun. Cette disposition, selon la Cour d'appel dans la célèbre affaire

19. Voir : Claude MASSE, « L'équité contractuelle », [1979] *Meredith Memorial Lectures* 48.

20. Claude MASSE, *Loi sur la protection du consommateur – Analyse et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 134.

21. Jean-Louis BAUDOUIN, « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans *Études offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, 29, 43.

*Gareau*²² prévoit deux types de lésion : l'exploitation (A) et l'obligation excessive (B).

A. La lésion dite « objective » : l'exploitation

La lésion dite « objective » implique une disproportion tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation. La Cour d'appel a jugé, dans l'affaire *Gareau*, que cette présomption est irréfragable. Dès lors que le juge établit une telle disproportion, il y a exploitation et donc lésion. S'il me semble exact d'affirmer que la présomption est irréfragable, il est toutefois excessif de soutenir qu'il s'agit là d'une lésion purement objective. L'évaluation de la disproportion elle-même peut impliquer une certaine *subjectivisation* de la « juste valeur », ce concept à l'origine des critiques formulées à l'encontre de la conception objective de la lésion²³. Nous préférons dès lors, pour sa neutralité, parler de « lésion-préjudice » interne, c'est-à-dire du déséquilibre dans le contrat, en prenant en compte, s'il y a lieu, la valeur particulière que donne, au bien, le consommateur. La définition de la « lésion-préjudice » interne de l'article 8 L.p.c. nous semble tout à fait adéquate et même être une des grandes réussites de la Loi. C'est avec raison que le législateur l'a intégrée, sous réserve du caractère relatif de la présomption, à l'article 1406 du *Code civil du Québec*. Elle présente une vision nuancée de la lésion, loin de tout dogmatisme ; alliant l'élément objectif de disproportion à l'élément subjectif, ou comportemental, d'exploitation.

Sans faire une analyse exhaustive et détaillée de la jurisprudence sous l'article 8, ce qui excéderait les limites du présent exercice, permettez-moi tout de même deux observations.

- Tout d'abord, une constatation d'ordre objectif, la relative modestie du *corpus* jurisprudentiel ; pas même une centaine de décision en plus de 25 ans cela semble pour le moins peu (comparer à 268 en 10 ans pour l'article 1437 C.c.Q. sur les

22. *Gareau auto inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.).

23. Serge GAUDET, « L'illusion de la lésion – Commentaires pour l'introduction en droit québécois de la lésion entre majeurs », (1988) 19 *R.D.U.S.* 15, 27.

clauses abusives) et laisse pour le moins songeur quant à la crainte effrénée que causait, pour certains, le reconnaissance de la lésion entre majeurs lors de la réforme du *Code civil*.

- Plusieurs de ces décisions portent sur des affaires pour lesquelles la solution du litige pouvait, et aurait dû se trouver ailleurs, soit dans le droit commun des contrats par les notions de dol, de crainte, par la bonne foi et l'obligation de renseignement²⁴. Dans d'autres cas, certaines dispositions spécifiques de la *Loi sur la protection du consommateur* suffisaient²⁵, ou encore une disposition particulière à un contrat nommé, tel le droit à la résiliation d'un contrat de services²⁶. Enfin, nous y reviendrons, les tribunaux utilisent aussi la notion de lésion afin de sanctionner une clause abusive²⁷. Souvent d'ailleurs, les juges utilisent la lésion comme motif superfétatoire, afin simplement de conforter la décision²⁸. Ainsi peu de cas réfèrent à la lésion objective *stricto sensu*, c'est-à-dire à un déséquilibre qui ne cache rien d'autre²⁹, lesquels bien souvent concernent des contrats de crédit de toutes sortes, incluant la vente à tempérament³⁰.

24. *Loubert c. 2759-0868 Québec inc.*, J.E. 2000-975 (C.Q.); *Poirier c. Placibel*, B.E. 98BE-1196 (C.Q.); *Morin c. Asselin*, B.E. 97BE-257 (C.Q.) (crainte); *Lacroix c. Location d'automobile Fleury Inc.*, [2001] J.Q. n° 2300 (C.Q.)

25. Par exemples : *Marcotte c. Beauregard*, [1986] R.J.Q. 1607 (C.P.) (art. 168 L.p.c.); *Guimont c. 3193594 Canada inc.*, [2000] J.Q. n° 1679.

26. *Martin c. 3193594 Canada inc.*, J.E. 98-150 (C.Q.).

27. *Dubreuil c. D.K. Automobile inc.*, [1996] R.J.Q. 1144 (C.A.) (clause pénale); *Gosselin c. 102150 Canada inc.*, J.E. 96-730 (C.Q.) [clause de non responsabilité – le tribunal utilise aussi l'article 1437 C.c.Q.]; *Osler c. Trevi inc.*, B.E. 2003 BE-198 (C.Q.).

28. *Lauzier c. Roger Larose inc.*, C.P. Montréal, n° 500-02-008881-844, 4 octobre 1985, juge Gérard Laganière (dol); *Pronovost c. Denis Boucher Automobile inc.*, C.P. Trois-Rivières, n° 400-02-000998-847, 11 septembre 1985, juge Jean-Marie Châteauneuf.

29. *Banque Nationale du Canada c. Roy*, J.E. 98-540 (C.Q.) (achat d'un système de thermopompe 14625 \$ plutôt que 9000 \$); *Forest c. Labrecque*, J.E. 90-1115 (C.Q.) (voiture usagée).

30. Lorsque le crédit porte sur un contrat de prêt, n'oublions pas que le droit commun accepte dans ce cas la lésion (art. 2332 C.c.Q.). Voir : *Crédit Trans-Canada ltée c. Muir*, J.E. 93-636 (39.61 % ramené à 20 %); *Compagnie de Finance Household du Canada c. Bélanger*, J.E. 89-1463 (C.Q.); *Altman c. Bernard*, [1991] R.J.Q. 2074 (C.Q.) (vente à tempérament – intérêts de 75 %).

B. La lésion dite « subjective » : l'obligation excessive

L'article 8 L.p.c. prévoit ensuite un second type de lésion que la Cour d'appel qualifie de lésion subjective. Celle-ci sanctionne tout contrat qui contient pour le consommateur une obligation « excessive, abusive ou exorbitante ». Pour le juge Chevalier, ce type de lésion n'est pas sans rappeler celle qu'il avait lui-même développée en faveur des mineurs par une interprétation jurisprudentielle de l'expression « simple lésion » de l'article 1002 C.c.B.-C. Cette lésion telle que conçue par la Cour, que nous appellerons « lésion-préjudice » externe, n'implique pas nécessairement un déséquilibre économique dans le contrat ; elle réfère à un contrat préjudiciable pour la situation patrimoniale du consommateur, en fonction des critères de l'article 9 L.p.c., soit les conditions des parties, les avantages que retire du contrat le consommateur et les circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu. Dès lors on ne protège plus le consommateur à l'égard du commerçant, mais on le protège contre lui-même. Conséquemment, la Cour exige du commerçant qu'il participe à cette protection, en lui imposant une obligation de diligence, en s'assurant que le consommateur peut se « permettre sa consommation ». Il en devient en quelque sorte un *quasi-tuteur*.

Je suis loin d'être convaincu du bien-fondé de cette protection. D'ailleurs la Cour d'appel dans l'affaire *Gareau*, au soutien de son interprétation, s'autorise d'un texte du Doyen Perret, en omettant de préciser que celui-ci avait critiqué l'assimilation du consommateur à un mineur³¹. Il me semble que c'est là confondre les genres et peut-être mener la mauvaise guerre. Il est même permis de penser que cette confusion des genres est, du moins partiellement, à l'origine de l'article 1405 C.c.Q. et du refus de sanctionner la lésion entre majeurs en droit commun. Lorsqu'on lit cet article 1405 C.c.Q., qui exclut en principe la lésion entre majeurs, conjointement avec le premier alinéa de l'article 1406 C.c.Q., qui définit celle-ci comme l'exploitation d'une partie par l'autre, il y a de quoi res-

31. Louis PERRET, « L'incidence de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du *Code civil* », (1985) 15 *R.D.U.S.* 251, 267.

ter perplexe particulièrement dans un Code où la bonne foi est omniprésente. Exploitez-vous mais de bonne foi. Le message est pour le moins antinomique. Il est donc tout à fait plausible de soutenir que c'est en pensant à la « lésion-préjudice » externe, c'est-à-dire celle de l'alinéa 2 de l'article 1406 C.c.Q., lequel reprend la fin de l'article 8 L.p.c., et en la craignant à juste raison, que le refus de la lésion s'est cristallisé. La lecture du rapport du Comité aviseur sur la politique législative du nouveau *Code civil du Québec*, présidé par le juge Jean-Louis Baudouin, milite d'ailleurs en ce sens puisque l'un des motifs explicitement retenu afin de justifier le refus de la lésion entre majeurs étant qu'il n'apparaissait pas opportun de traiter le contractant québécois comme un perpétuel et éternel mineur³². Or c'est bien la « lésion-préjudice » externe qui le traite ainsi et non la « lésion-préjudice » interne liée à l'exploitation. De plus, on ne peut s'empêcher de constater une certaine schizophrénie du droit en matière de lésion ; refus catégorique du droit commun, acceptation d'une lésion hypertrophiée en matière de droit de la consommation.

Si l'on s'attarde à la jurisprudence qui fait application de la lésion subjective, on remarque, tout comme la lésion objective, qu'elle sert de fourre-tout et elle s'applique bien souvent à des cas qui ne la concernent pas réellement. Les cas comme celui de l'affaire *Gareau*, sont rares. Ce type de lésion a plutôt été essentiellement invoqué en matière d'engagement d'un second contractant, souvent l'épouse, à titre de caution, ou de co-emprunteur, à un contrat³³. Essentiellement, les motifs au soutien de ces décisions reposent sur le fait que le contrat ne procure aucun avantage au consommateur-caution ; le créancier se devait de s'assurer que le consentement de celui-ci était

32. Ce rapport est maintenant publié : Jean-Louis BAUDOIN, « Le comité aviseur sur la politique législative du nouveau Code civil », dans *Du Code civil du Québec-Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis, 2005, 321, à la page 349.

33. *Banque de Montréal c. Grandmont*, [2003] R.J.Q. 1020 (C.Q.) (le tribunal utilise à la fois la lésion objective et la lésion subjective) ; *Banque de Montréal c. Spooner*, [1994] R.J.Q. 1388 (C.S.) ; *Banque Laurentienne du Canada c. Dumont*, [1994] J.Q. n° 1444 ; *Banque de Montréal c. Nadon*, [1990] R.J.Q. 880 (C.Q.) ; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Savard*, [1990] R.J.Q. 1707 (C.Q.) ; *Trexar inc. c. Brosseau*, J.E. 96-1067 (C.Q.) (l'argument de la lésion ici n'a pas été retenu spécialement au motif que la voiture, dont madame était également responsable financièrement, servait à l'ensemble de la famille).

libre et éclairé. Conséquemment lorsque le consommateur était en mesure de comprendre les conséquences de son consentement, le tribunal refuse de sanctionner le contrat de nullité³⁴. Si le premier argument me semble contestable, dans la mesure où il implique en réalité une interdiction du contrat de cautionnement³⁵, le second me semble devoir être retenu et démontre que ces affaires, fort spécifiques, concernent le contrôle de la qualité du consentement, lequel doit être renforcé par le contexte familial ou conjugal de la prise en charge de la dette. Ce problème n'est pas spécifique au domaine de la consommation et relève des vices du consentement et de l'obligation de renseignement, ce qui est aussi vrai, bien souvent, des autres cas pour lesquels les tribunaux ont recours à la « lésion-préjudice » externe. Or, le contrôle de la qualité du consentement peut se faire par la grille d'analyse de l'article 9 L.p.c., lequel peut s'appliquer sans l'article 8 L.p.c., en donnant plus de mordant à la théorie des vices du consentement et à l'obligation d'information, en imposant, par exemple, au créancier, si ce n'est une obligation de conseil, à tout le moins une obligation d'explication. C'est d'ailleurs ce que font les tribunaux, soit en utilisant seul l'article 9 L.p.c. dans un contexte de qualité de consentement³⁶, soit en utilisant la lésion comme motif superfétatoire, n'ayant que pour but de conforter la décision³⁷.

Mais surtout, les tribunaux ont souvent eu recours à l'article 8 L.p.c., tant la « lésion-préjudice externe »³⁸, qu'interne³⁹, afin de sanctionner des clauses spécifiques au contrat,

34. *Trexar inc. c. Brosseau*, précité, note 33.

35. Il est en effet rare que la caution retire un avantage de son obligation : C. MASSE, *op. cit.*, note 20, p. 167.

36. Voir : *O'Halloran c. Les Fenêtres Vimat inc.*, [2003] J.Q. n° 9522 ; *Systèmes Techno-pompes inc. c. Cazes*, [2002] J.Q. n° 1398 (C.Q.) ; *Mathieu c. Ventilation Alphonse Landry et Fils inc.*, [2003] J.Q. n° 6806 (C.Q.) ; *Miljour c. Enserco inc.*, [2003] J.Q. n° 8974 (C.Q.).

37. Voir : *Banque Laurentienne du Canada c. Dumont*, [1994] J.Q. n° 1444.

38. *2622-1374 Québec inc. c. Sardo*, J.E. 98-1767 (C.Q.) (clause pénale jugée non excessive – on utilise aussi l'article 1437 C.c.Q.) ; *2622-7181 Québec inc. c. Pérez*, [2004] J.Q. n° 1485 (C.Q.) ; *9019-4903 Québec inc. c. Brouillet*, [2003] J.Q. n° 16942 (C.Q.) (contrat avec un salon funéraire – clause pénale).

39. *151691 Canada inc. c. Gratton*, [1993] R.J.Q. 2632 (clause pénale qui est la source d'une disproportion importante) ; *Osler c. Trevi*, B.E. 2003BE-198 (C.Q.) ; *Dubreuil c. D.K. Automobile inc.*, [1996] R.J.Q. 1144 (C.A.) (clause pénale) ; *Gosselin c. 102150 Canada inc.*, J.E. 96-730 (C.Q.) (clause de non responsabilité – le tribunal utilise aussi l'article 1437 C.c.Q.).

telles des clauses de résiliation unilatérale ou des clauses pénales. Encore ici, les tribunaux utilisent un syllogisme pour le moins contestable. Dans la mesure où le contrat est résilié, celui-ci n'apporte plus rien au consommateur, lequel doit par ailleurs au commerçant une certaine somme aux termes de la clause contestée. Cette obligation devient alors excessive eu égard aux avantages – nuls – retirés par le consommateur. Si le recours à la « lésion-préjudice » externe est, encore ici, inutile, elle me semble aussi être fautive, car dès lors on ne s'attarde plus à l'équilibre économique et global du contrat, mais plutôt à son équilibre normatif.

II- L'ÉQUILIBRE NORMATIF DU CONTRAT

J'entends par l'équilibre normatif du contrat, ce qui touche non pas l'équilibre des prestations elles-mêmes, ce qui est du domaine de la lésion, mais plutôt de l'ensemble des stipulations contractuelles qui encadrent la relation contractuelle : clause de non garantie ; clause de non responsabilité ; clause de défaut ; clause pénale ; clause de résiliation. Ces clauses représentent non seulement la vaste majorité des stipulations contractuelles, mais aussi, la source principale de déséquilibre contractuel ; elles représentent bien l'idée que se faisait Saleilles du contrat d'adhésion lorsqu'il le comparait à un acte réglementaire unilatéral. On le voit quand on compare le corpus jurisprudentiel sous les clauses abusives (près de 300 en 10 ans) à celui de la lésion sous la L.p.c. (moins de 100 en 25 ans). Si ces clauses, j'y reviendrai, ne remettent pas en cause l'équilibre économique global du contrat, elles soumettent le consommateur à des conditions de mise en œuvre ou de terminaison du contrat très lourdes. Quoique accessoires, elles ne sont donc pas moins onéreuses lorsqu'elles trouvent application. Il me semble que ce problème impose une intervention tant en amont, par la transparence⁴⁰ du contenu normatif (A), qu'en aval par le contrôle de sa probité (B).

40. Voir sur le sens de ce vocable : Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », dans *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, 1999, 603, 610.

A. La transparence du contenu normatif

Claude Masse écrivait, dès 1979, que le droit à l'information représentait à son sens « le premier objectif que devrait viser une politique de protection du consommateur »⁴¹. Certes, une information tout d'abord dirigée en fonction du bien ou du service faisant l'objet du contrat, mais aussi une information relative au contenu du contrat lui-même. C'est d'abord par l'information que se développe la concurrence, nous rappelle le professeur Calais-Auloy⁴², or cette concurrence fait défaut en matière de contenu normatif des contrats⁴³. Rarement entend-on : Venez acheter chez-moi, mes clauses pénales sont moins onéreuses, et la résiliation est souple...!

Ce manque de concurrence s'explique évidemment par l'unilatéralité de sa rédaction, par la nécessaire rapidité de la conclusion des ententes mais surtout par le désintérêt du consommateur. Non seulement n'a-t-il pas le temps de lire le contrat mais il a le sentiment, généralement avec raison, que cette lecture ne servira à rien. Le contrat de masse, a écrit le Doyen Carbonnier, a quelque chose de sociologiquement rassurant : si tout le monde le fait, pourquoi pas moi⁴⁴. Cette réalité à laquelle s'ajoute le fait que bien souvent le représentant du commerçant n'a pas le pouvoir de modifier le contenu normatif du contrat, qu'il ne le connaît pas plus que le consommateur et que comme lui il n'est pas en mesure de le comprendre, fait en sorte que le contenu n'est aucunement négocié⁴⁵. Ce qui, disons-le, en va souvent autrement pour les stipulations essentielles, portant sur les prestations réciproques des parties qui, elles, souvent, font l'objet d'une *certaine* négociation ou, à tout le moins, sont clairement connues par le consommateur.

41. Claude MASSE, « L'information et l'exploitation des consommateurs », (1979) 10 *R.G.D.* 91, 93.

42. Jean CALAIS-AULOY et Frank STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2003, n° 49, p. 51.

43. Jean CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », (1994) *R.T.D.C.* 239, 245 ; C. MASSE, *loc. cit.*, note 19, p. 51.

44. Sur cette idée, voir : Jean CARBONNIER, *Droit civil*, tome 4, *Les obligations*, 20^e éd., 1996, n° 39, p. 89.

45. C. MASSE, *loc. cit.*, note 41, 97.

À défaut de créer une réelle concurrence en ce domaine, il me semble qu'il est essentiel que la *Loi sur la protection du consommateur*, exige une plus grande transparence du contenu contractuel. Certes, l'article 25 de la Loi actuelle exige que le contrat soit « clairement et lisiblement rédigé » mais cette disposition, qui est resté dans un anonymat à peu près complet, ne concerne que certains contrats de consommation. On devrait généraliser cette exigence à tous les contrats, dès qu'ils sont reproduits dans un écrit, afin de rendre plus intelligible son contenu. Certes, la reconnaissance expresse, et peut-être avec plus de vigueur, de l'obligation d'informer le consommateur, voire dans certains cas de le conseiller, doit être prévue, ce qui n'est actuellement pas le cas, les tribunaux utilisant pour ce faire les articles 8 et 9 L.p.c. Le principe de l'interprétation en faveur du consommateur, qui fonctionne bien et qui a été repris par le Code, doit être maintenu. La nullité des clauses externes, aujourd'hui incertaine et limitée, doit être confirmée. Mais il me semble que la *Loi sur la protection du consommateur* doit s'inspirer ici du *Code civil du Québec* et importer en son sein le principe de l'article 1436 C.c.Q. sur la nullité des clauses illisibles ou incompréhensibles⁴⁶.

Comme je l'écrivais dans les *Mélanges en l'honneur de Claude Masse*, cet article 1436 C.c.Q. est lui aussi relativement peu utilisé, mais sa pertinence ne me semble tout de même pas faire de doute. La lisibilité d'une part impose aux commerçants de prendre les mesures nécessaires afin de rendre matériellement accessible le texte. Certes, cela réfère à la grosseur des caractères, à la couleur de l'encre ou du papier, tous des éléments qui sont spécifiquement réglementés aux articles 26 et 27 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*. Mais cela réfère aussi à tout « piège » utilisé par le commerçant afin de passer sous silence une stipulation du contrat, spécifiquement lorsqu'elle est lourde pour le consommateur. Par exemple, une clause noyée parmi bien d'autres touchant des sujets divers, une clause incluse sous un titre qui ne correspond pas à son contenu ou encore une clause au verso qui vient significativement limiter une clause, plus visible, au verso⁴⁷. Actuellement, à défaut de mieux, les tribunaux ont

46. P.-C. LAFOND, *loc. cit.*, note 10, p. 102.

47. 2622-7181 *Québec inc. c. Pérez*, [2004] J.Q. n° 1485 (C.Q.).

recours, encore ici, à la lésion de l'article 8 L.p.c. laquelle, quant à moi, ne devrait être d'aucun secours, et au contrôle de la qualité du consentement, par l'article 9 L.p.c.⁴⁸. Mais encore là, l'article 9 L.p.c. n'est qu'une grille afin d'évaluer la qualité du consentement ; celle-ci ne peut jouer que dans le contexte des vices du consentement. Or, la nullité d'une simple clause accessoire ne peut emporter preuve d'erreur ou de dol. Il est donc nécessaire, à l'instar de l'article 1436 C.c.Q., de donner un pouvoir spécifique au juge afin d'annuler ces dites clauses.

Quant au caractère incompréhensible du contenu contractuel, cela semble devoir plus participer d'un vœux pieux que d'un espoir réel, mais rien n'empêche de porter un message clair et fort. Les contrats de consommation sont devenus de réels salmigondis juridiques, pour reprendre la formule de Claude Masse⁴⁹. Ils sont bien souvent artificiellement longs et ardu. L'incompréhensibilité du contenu contractuel provient essentiellement de deux sources. Tout d'abord, de l'utilisation de clauses tellement ambiguës qu'elles en deviennent incompréhensibles. On retrouve dans ce groupe, par exemple, la mauvaise traduction, la clause dont la syntaxe est lourde ou la clause inutilement longue. Cette incompréhensibilité, peut-être la plus fréquente, peut et doit être combattue tant en aval, où l'interprétation peut alors souvent remédier au problème, qu'en amont, cela dépendant alors de la volonté des rédacteurs de contrat. La seconde source d'incompréhensibilité découle quant à elle de l'utilisation de termes techniques qui, quoique clairs, adéquats, voire uniques, demeurent incompréhensibles pour le consommateur raisonnable. On doit alors prôner l'utilisation d'un *plain language* ainsi qu'imposer une obligation *d'explication* du contrat. Éventuellement, l'Office, ou une commission spécifique, pourrait proposer l'utilisation de certains termes dans le but de rendre à la fois plus clair et plus concis les contrats.

Mais il ne faut pas imaginer que la transparence puisse un jour être totale. Le droit est complexe ; les rapports contrac-

48. *Location de voitures compactes (Québec) Itée c. Moise*, J.E. 97-1467 (C.Q.) ; *Caravanes Russ Davies inc. c. Perusse*, J.E. 92-1390 (C.Q.) ; *Via Route Inc. c. Gagnon*, [1998] J.Q. n° 3748 (C.Q.).

49. C. MASSE, *loc. cit.*, note 41, 97.

tuels issus de la consommation le sont devenus, surtout par leur pluralité ; cette réalité ne changera pas. De toute façon, même parfaitement transparent, le contenu contractuel resterait bien souvent à l'abri d'une réelle négociation. Il est dès lors nécessaire de contrôler également la probité du contenu normatif.

B. La probité du contenu normatif

Comme je le disais précédemment, le danger principal du contrat de consommation me semble être celui des clauses périphériques, normatives. Celles-ci font l'objet, particulièrement en Europe depuis les années 1970, d'une réglementation globale, sous la notion de clause abusive. Le *Code civil* reconnaît cette même notion depuis 1994, et permet au tribunal de réduire ou d'annuler ces clauses lorsqu'elles sont incluses dans un contrat d'adhésion ou de consommation. La notion de clause abusive, quoique cela soit contesté par certains, ne vise pas l'équilibre du contrat, mais plutôt les clauses qui lui sont accessoires, périphériques. L'article 1437 C.c.Q. ne connaît qu'une définition de ce que constitue une clause abusive, contrairement à la directive européenne⁵⁰, et aux législations nationales, dont la France⁵¹, qui prévoient une liste, non limitative, de stipulations pouvant être déclarées abusives.

Il n'y a pas dans l'actuelle *Loi sur la protection du consommateur* de disposition générale condamnant les clauses abusives. Seules, certaines clauses spécifiques sont réglementées ou interdites. Dans les dispositions générales ce sont les clauses d'exclusion de responsabilité (article 10)⁵² ; certaines clauses donnant un pouvoir unilatéral au commerçant (article 11)⁵³ ; l'exigence que tout frais réclamé au consommateur soit précisé-

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

51. Code de la consommation, L. 132-1 al. 3 (par exemple : pouvoir unilatéral de modifier ou résilier le contrat ; clauses diminuant les obligations du consommateur,....).

52. Voir : *Quantx c. A.D.T. Canada inc.*, [2002] J.Q. n° 3635 (C.A.).

53. Par exemple, le pouvoir unilatéral de décider si un bien entre ou non dans le cadre d'une promotion : *Gagné c. Automobiles St-François inc.*, J.E. 2003-596 (C.Q.).

ment mentionné dans le contrat (article 12)⁵⁴ ; l'interdiction de toute stipulation qui impose au consommateur, en cas d'ineécution, des frais autres que l'intérêt couru (article 13)⁵⁵ ; la réglementation de la clause résolutoire (article 14 par exemple en matière de location à long terme) ; l'interdiction de la clause soumettant le contrat à une loi étrangère (article 19) et l'interdiction de la clause d'élection de domicile (article 22.1). On peut, encore ici, remarquer que ces dispositions ont reçu à la fois une application modeste, et une interprétation restrictive, pensons à l'article 13 duquel on a écarté les clauses pénales⁵⁶. D'autres clauses, par exemple sur les garanties, sont réglementées mais de façon éparse dans la Loi.

Il me semble que l'enjeu majeur de la réforme en matière d'équité contractuelle se joue ici. Non seulement doit-on importer dans la Loi, une disposition similaire à l'article 1437 C.c.Q., visant à sanctionner de nullité ou de modification les clauses abusives, mais la lutte contre les clauses abusives, afin d'être plus efficace doit aussi passer par des dispositions spécifiques plus nombreuses et surtout mieux ordonnancées. Une seule règle générale laisse trop d'incertitude quant à l'état du droit et fait reposer sur les consommateurs, le fardeau de la contestation⁵⁷.

Ainsi, on pourrait s'inspirer des législations afin de proposer certaines dispositions visant à interdire des clauses, ou du moins à mettre en exergue leur éventuel caractère abusif. On peut également s'inspirer de la jurisprudence sous l'actuel article 1437 C.c.Q., encore ici relativement modeste, afin d'aménager ces dispositions. Quatre catégories de clauses peuvent être visées : 1) Les clauses affectant à la hausse et à la baisse les droits et obligations des parties (clause d'exonération ou de limitation de responsabilité ; clause de valeur résiduelle

54. *Michel Perl Photography inc. c. Cooperberg*, B.E. 99BE-465.

55. Par exemples : *Piscines Trevi inc. c. Lanthier*, J.E. 94-276 (C.S.) (honoraires d'avocats) ; *Garage J.L. Le François inc. c. Duval*, J.E. 2005-178 (C.Q.) (honoraires d'avocats) ; *P.G. du Québec c. Location de meubles Lavigueur inc.*, J.E. 92-778 (C.S.) (frais pour chèque sans fond).

56. *Dubreuil c. D.K. Automobile inc.*, [1996] 1144 (C.A.). Voir : Pierre-Claude LAFOND, « Plaidoyer pour un code de la consommation du Québec », dans Benoît MOORE, *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 87, 95.

57. Sur cette idée : J. CALAIS-AULOY, *loc. cit.*, note 43, 242.

dans un contrat de location) ; 2) les clauses prévoyant les conséquences du défaut d'un contractant (clause pénale – doit-on les interdire ou permettre leur annulation et pas seulement comme le prévoit l'article 1623 C.c.Q. leur réduction – ; clause de compensation issue d'une faculté de résiliation unilatérale ; clause de non responsabilité ; la déchéance du bénéfice du terme) ; 3) les clauses garantissant un contrôle unilatéral ou plus avantageux au commerçant quant à l'exécution du contrat (résiliation unilatérale ; pouvoir de modification unilatérale ; pouvoir de juger de la survenance d'un défaut ou d'un fait) et enfin 4) toute clause qui limite l'exercice des droits du consommateur (élection de domicile ; élection de for ; clause d'arbitrage).

Le fait de cibler des clauses spécifiques, qui bien souvent pourraient être écartées par le tribunal aux termes de la règle générale, permet d'assurer une meilleure information du consommateur. Cela permet aussi d'imposer des sanctions pénales préventives afin d'éradiquer la présence de ces clauses dans les contrats. Pour ce faire, l'on devrait penser à mettre sur pied, à l'instar de la France, une commission⁵⁸ 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 commerçant des types de contrats⁵⁹ ; étudier, dénoncer et contester les contrats utilisés.

En conclusion, deux éléments peuvent être relevés de notre exposé. Tout d'abord, le contrôle de l'équité contractuelle sous la présente Loi, du moins dans son aspect général, se fait essentiellement par les articles 8 et 9 L.p.c., lesquels étaient, lors de l'adoption de la Loi, des outils novateurs. Aujourd'hui, ils ne suffisent plus. Les tribunaux, faute de mieux, les utilisent à toutes les fins : sanction des clauses abusives, contrôle du consentement, obligation de renseignement. Cette lésion fourre-tout rend le contrôle judiciaire confus et peu prévisible

58. Si le recours au pouvoir administratif afin de qualifier une clause abusive n'a pas été un succès, l'apport de la commission a, lui, été globalement positif dans son rôle préventif et éducatif : Jacques MESTRE, « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », dans *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, 1999, 677, 679.

59. C. MASSE, *loc. cit.*, note 41, 112.

pour le justiciable. Il me semble que la réforme éventuelle de la législation sur la protection du consommateur, en matière d'équité contractuelle, entendu comme l'équilibre économique et normatif, du contrat, implique l'élaboration d'une partie générale plus étoffée, laquelle comprendrait des règles générales s'appliquant à tous les contrats de consommation et sanctionnant la « lésion-préjudice » interne, les clauses abusives et imposant la transparence du contenu contractuel. Mais cela ne suffit pas. L'autre point relevé tout au long de ce texte, c'est la relative modestie dans l'application des règles existantes. Cela est certes dû, je crois, à la sensibilité que les tribunaux portent encore envers la stabilité contractuelle, et peut-être aussi, pourquoi pas, à leur sens de la mesure et du jugement (!). Mais cela est aussi dû à la méconnaissance par les consommateurs de leur droit, et de l'imprécision de règles générales, tel les articles 8 et 9 L.p.c., et par conséquent à l'inefficacité du droit. L'on devra donc accompagner les règles générales de règles visant des clauses spécifiques et le faire de façon plus structurée afin de faciliter l'accès à celles-ci. Enfin, on devrait mettre sur pied une commission qui aurait pour objectif d'améliorer ce que l'on peut appeler la communication contractuelle. Celle-ci pourrait, par exemple, proposer la réglementation ou l'interdiction de certaines clauses, à mesure qu'elles apparaissent, 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.