

CONTRACTING OUT OF ACCESS TO JUSTICE: ENFORCEMENT OF FORUM-SELECTION CLAUSES IN CONSUMER CONTRACTS

*Marina Pavlović**

Forum-selection agreements in consumer contracts nominate by default the business's home jurisdiction to resolve disputes and thus directly impact a consumer's ability not only to access courts, but also to obtain access to substantive justice. It has been argued that courts should consider enforcing jurisdiction clauses in consumer contracts with "greater scrutiny" because of their inherent power imbalance. To examine how the courts approach forum-selection clauses in consumer contracts, this article analyzed all reported consumer cases involving forum-selection agreements in Canadian common law jurisdictions between 1995 and 2016. The analysis of these cases shows that the courts have failed to exercise the greater scrutiny that was called for. In light of the analysis of the surveyed cases, this article argues that the rules for enforcing forum-selection clauses in consumer contracts ought to be recalibrated to reflect the power dynamics of consumer relationships, the ubiquity of standard-form contracts, and their effect on consumers' ability to obtain redress. This article proposes two suggestions for reform: legislative intervention to invalidate forum-selection clauses in consumer agreements, and reframing and recalibrating the common law strong-cause test for the enforcement of forum-selection clauses in consumer transactions.

Les accords d'élection de for désignent la province de rattachement d'une entreprise comme lieu de résolution des différends par défaut et ont donc une incidence directe sur la capacité du consommateur d'accéder non seulement aux tribunaux, mais aussi à la justice substantielle. On a déjà soulevé que les tribunaux devraient évaluer l'application des clauses d'élection de for dans les contrats de consommation de manière plus minutieuse en raison du déséquilibre de pouvoir inhérent à celles-ci. Afin de déterminer comment les tribunaux abordent les clauses d'élection de for dans les contrats de consommation, cet article analyse toutes les décisions publiées en droit de la consommation impliquant des accords d'élection de for devant les tribunaux canadiens de common law entre 1995 et 2016. L'analyse des décisions étudiées montre que les tribunaux ont omis d'exercer la minutie requise. À la lumière de l'analyse des décisions étudiées, cet article soutient que les règles d'application des clauses d'élection de for dans les contrats de consommation devraient être recalibrées afin de refléter la dynamique de pouvoir dans les relations de consommation, l'omniprésence des contrats types, et leurs effets sur la possibilité pour les consommateurs d'obtenir réparation. Cet article propose deux suggestions pour instaurer une réforme : une intervention législative qui invaliderait les clauses d'élection de for dans les contrats de consommation, ou la restructuration du critère de la cause en common law pour l'application des clauses d'élection de for aux opérations commerciales de consommation.

* Assistant professor, University of Ottawa, Faculty of Law, Common Law Section and a member of the University of Ottawa's Centre for Law, Technology and Society. Thank you to Predrag Tomic (University of Ottawa JD 2010), Daniel Elmadany (University of Ottawa JD 2016), and Sean Grassie (University of Ottawa JD/MA 2019) for their research and editorial assistance, to the anonymous peer reviewers for their constructive and valuable comments, and to the Foundation for Legal Research for its research funding support.