

Les approches judiciaires en matière de contrôle des clauses pénales abusives en droit québécois : étude exploratoire de la jurisprudence relative à l'article 1623 C.c.Q.

*Julie PAQUIN**

**Judicial Approaches to the “Abusive” Penalty Clauses in Quebec Law:
an Exploratory Study of the Case Law Pertaining to Section 1623 C.C.Q.**

**Aproximaciones jurídicas en materia de control de las cláusulas penales
abusivas en derecho quebequense: estudio exploratorio
de la jurisprudencia relativa al artículo 1623 C.C.Q.**

**A redução das cláusulas penais abusivas no direito quebequense: estudo
exploratório da jurisprudência relativa ao artigo 1623 do Código Civil do Quebec.**

**魁北克法对滥用惩罚性条款的司法控制：关于《魁北克民法典》
第1623条判例法的探索性研究**

Résumé

L'adoption du Code civil du Québec a entraîné des changements importants quant au traitement des clauses pénales

Abstract

By allowing judges to reduce the penalty stipulated in a contract when it is abusive, the adoption of the Civil Code

* Professeure agée, Section de droit civil, Faculté de droit, Université d'Ottawa. L'auteure tient à remercier le Fonds d'études notariales de la Chambre des notaires du Québec pour son soutien financier ainsi que Marcelo Ciechanowiecki et Shunghyo Kim pour leur contribution remarquable aux travaux de recherche ayant mené à la rédaction du présent article.

en droit québécois, en permettant aux juges de réduire la peine stipulée dans un contrat lorsqu'elle est abusive. Vingt ans après l'adoption du nouveau Code civil, il semble opportun de se demander dans quelle mesure la jurisprudence actuelle nous offre des éléments permettant de mieux définir la notion d'abus dans le contexte des clauses pénales. Le présent article examine la manière dont les juges ont utilisé le nouveau pouvoir d'intervention judiciaire que leur donne l'article 1623 C.c.Q., en vue de déterminer à quelle fréquence les juges exercent leur pouvoir de réduction des clauses pénales, et sur quels motifs ils fondent leurs interventions. Il révèle que, si les juges québécois n'hésitent pas à intervenir pour réduire les montants prévus par des clauses pénales, ils le font en se fondant sur une grande variété de motifs qui révèle une conception très large de l'étendue du pouvoir d'appréciation qui leur a été confié. En conséquence, il semble difficile, à l'heure actuelle, de tracer des lignes directrices permettant d'évaluer avant procès la validité de clauses pénales particulières.

Resumen

La adopción del Código Civil de Quebec ha conllevado a cambios importantes respecto al tratamiento de las cláusulas penales en derecho quebequense, ya que permite a los jueces reducir la pena estipulada en un contrato cuando ella es abusiva. Veinte años después de la aprobación del nuevo Código Civil, parece oportuno preguntarse en qué medida la jurisprudencia actual nos ofrece elementos que permitan definir mejor el concepto de abuso dentro del contexto de las

of Québec introduced significant changes with respect to the treatment of penalty clauses in Quebec law. Twenty years after the adoption of the Civil code, it seems appropriate to ask to what extent case law currently contains elements allowing us to better define the notion of abuse in the context of penalty clauses. This article examines how Quebec judges used the new power of judicial intervention provided by s. 1623 C.C.Q. to determine how often judges exercise their power to reduce penalty clauses, and on what grounds they base their interventions. It reveals that while Quebec judges do not hesitate to intervene to reduce the amounts of penalties, they rely, in doing so, on a wide variety of motives that reveal a very broad view of the scope of the discretion entrusted to them. Consequently, it is difficult to draw guidelines for assessing before trial the validity of specific penalty clauses.

Resumo

A adoção do Código Civil do Québec trouxe mudanças importantes quanto ao tratamento das cláusulas penais no direito quebequense, permitindo aos juízes reduzir a pena estipulada em um contrato quando ela é abusiva. Vinte anos depois da adoção do novo Código Civil, parece oportuno perguntar-se em que medida a jurisprudência atual nos oferece elementos que permitem definir melhor a noção de abuso no contexto das cláusulas penais. O presente artigo examina a maneira pela

cláusulas penales. Este artículo examina la manera como los jueces han utilizado el nuevo poder de intervención judicial que les otorga el artículo 1623 del CCQ, para determinar con qué frecuencia los jueces ejercen su poder para reducir las cláusulas penales, y las razones que fundamentan sus intervenciones. Igualmente revela que, si los jueces de Quebec no dudan en intervenir para reducir los montos previstos por las cláusulas penales, lo hacen basados en una gran variedad de motivos que revelan una concepción muy amplia del alcance de la facultad de apreciación que se les ha confiado. En consecuencia, parece difícil, en la actualidad, elaborar las líneas directrices que permitan evaluar antes de un juicio la validez de las cláusulas penales particulares.

qual os juízes utilizaram o novo poder de intervenção judiciária que lhes foi outorgado pelo artigo 1623 do Código Civil do Quebec, com vistas a determinar com que frequência os juízes exercem o seu poder de redução das cláusulas penais e sobre quais motivos eles apoiam suas intervenções. Revela-se que, se os juízes quebequenses não hesitam em intervir para reduzir os montantes previstos pelas cláusulas penais, eles o fazem com base em grande variedade de motivos, que revela uma concepção muito ampla do poder de apreciação que lhes foi confiado. Via de consequência, parece difícil, no momento atual, traçar diretrizes que permitam avaliar antes do processo a validade de cláusulas penais particulares.

摘要

《魁北克民法典》为魁北克法中的惩罚性条款带来了重大改革，允许法官减轻合同中规定的滥用性处罚。新《民法典》通过20年以后，似乎是时候追问惩罚性条款中的“滥用”概念在目前的判例中是如何体现的。本文考察了法官如何运用《魁北克民法典》第1623条授予的司法介入权，以揭示法官使用该等权力的频率和理由。本文发现，魁北克法官经常基于各种理由动用司法权力来减少惩罚金数额，显示出法律授予的自由裁量范围甚广。因此，目前似乎很难归纳在庭审前评估特定惩罚性条款有效性的准则。

Plan de l'article

| | |
|--|----|
| Introduction | 7 |
| I. Étendue de l'intervention judiciaire en vertu de l'article 1623 C.c.Q. | 10 |
| A. Portrait général du corpus..... | 11 |
| B. Le sort réservé aux clauses pénales..... | 14 |
| II. L'évaluation du caractère abusif des clauses pénales | 20 |
| A. Les critères d'évaluation de l'abus..... | 20 |
| 1. L'évaluation <i>a priori</i> | 21 |
| a. Le contenu du contrat..... | 22 |
| b. La conclusion du contrat | 23 |
| 2. L'évaluation <i>a posteriori</i> | 24 |
| a. Le préjudice subi par le débiteur | 25 |
| b. La conduite des parties | 26 |
| c. Les effets de l'application de la clause | 26 |
| B. La répartition des motifs | 27 |
| C. Les multiples facettes de l'article 1623 C.c.Q..... | 30 |
| III. Entre cohérence et équité: quel avenir pour l'article 1623 C.c.Q.? | 32 |

Le *Code civil du Québec* définit la clause pénale comme celle par laquelle les parties à un contrat évaluent par anticipation les dommages-intérêts payables en cas d'inexécution de l'une ou l'autre des obligations prévues au contrat¹. Si cette institution, dont les origines remontent au droit romain, a toujours fait partie du droit québécois, son traitement a subi des changements fondamentaux à l'occasion de l'adoption du *Code civil du Québec* de 1994. En effet, alors que, sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, le montant mentionné dans une telle clause ne pouvait être réduit qu'en cas d'exécution partielle de l'obligation visée², l'article 1623 C.c.Q. permet maintenant aux juges de réduire la peine stipulée dans un contrat lorsqu'elle est abusive.

L'article 1623 C.c.Q. occupe une place particulière dans le *Code civil du Québec* en ce qu'il s'inscrit en opposition à deux valeurs considérées comme des fondements du droit civil. En effet, contrairement à l'article 1437 C.c.Q., qui ne vise que les clauses abusives contenues dans des contrats d'adhésion ou de consommation, l'article 1623 C.c.Q. permet la réduction des clauses pénales dans tous les types de contrats, y compris ceux conclus de gré à gré, remettant ainsi en cause le principe de l'autonomie de la volonté, selon lequel un contrat librement négocié ne saurait être injuste³. De plus, comme le mentionnent Jobin et Vézina, « [l']article 1623

¹ C.c.Q., art. 1622.

² Selon l'article 1076 C.c.B.C., « si l'obligation a été exécutée en partie, au profit du créancier, et que le temps pour l'entière exécution soit de peu d'importance, la somme stipulée peut être réduite, à moins que le contraire ne soit stipulé ».

³ Voir Vincent KARIM, *Les obligations*, 3^e éd., vol. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n^o 2439, p. 947 : « [...] par sa révision du montant de la pénalité, le tribunal refuse d'appliquer le principe du consensualisme ». Une telle extension du domaine d'intervention judiciaire dans les contrats avait d'ailleurs fait l'objet de commentaires négatifs par les ordres professionnels appelés à commenter l'Avant-projet de loi, ceux-ci jugeant l'article 1623 C.c.Q. incompatible avec le principe de la liberté contractuelle. Ainsi, selon le Barreau, « [O]n ne saurait aller à l'encontre de la volonté des parties telle qu'exprimée librement. Le montant élevé de la clause pénale a pour objet d'inciter l'autre partie à exécuter son obligation dans le délai imparti. Cet alinéa ne serait acceptable que dans le cas de la clause abusive d'un contrat d'adhésion ; or, il n'est pas nécessaire d'y faire référence puisque l'article 1484 prévoit déjà que la clause abusive d'un contrat d'adhésion est nulle ou son obligation, réductible. » (BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire de la sous-commission du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, octobre 1988, p. 157). De même, pour la Chambre des notaires, « la réduction d'une clause pénale par le tribunal est incompatible avec le rejet de la lésion entre majeurs. De plus, la réduction d'une

est laconique»⁴; contrairement à l'article 1437 C.c.Q., il ne comporte aucune indication quant à l'interprétation à apporter au mot « abusive », laissant ainsi aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation leur permettant de sanctionner toute stipulation contractuelle heurtant le sens élémentaire de la justice. Or, si l'introduction d'une telle discrétion judiciaire peut permettre d'assurer une meilleure équité dans les rapports contractuels, elle n'est pas sans entraîner une certaine incertitude dans la détermination de ce qui constitue effectivement un abus, mettant potentiellement en péril la stabilité contractuelle et la prévisibilité⁵.

Si la cohabitation harmonieuse de l'article 1623 C.c.Q. et des principes de liberté contractuelle et de sécurité juridique semble en théorie problématique, cette question a fait l'objet de très peu d'attention de la part de la doctrine, pour laquelle l'article 1623 C.c.Q. semble avoir peu de conséquences négatives en pratique. Ainsi, selon les professeurs Jobin et Vézina, « la jurisprudence québécoise n'accueille pas toutes les demandes de révision d'une clause pénale, loin de là »⁶; de plus, les contradictions que l'on peut trouver dans la jurisprudence « ne sont pas fréquentes et constituent un prix à payer, fort acceptable, pour une meilleure justice contractuelle »⁷. Dans cette perspective, ils invitent d'ailleurs les juges à exercer leur pouvoir d'appréciation avec modération, en se limitant à intervenir relativement « aux seules clauses comminatoires qui sont choquantes et excessivement lourdes ».

Vingt ans après l'adoption du nouveau Code civil, il semble opportun de se demander dans quelle mesure la jurisprudence actuelle nous offre des éléments permettant de mieux définir la notion d'abus dans le contexte des clauses pénales. Pour ce faire, nous examinerons la manière dont les

clause pénale jugée abusive est une sanction peu efficace en ce que la partie qui est en mesure d'imposer une clause pénale à son contractant a intérêt à négocier une clause pénale très élevée, quitte à se la voir réduite, par la suite, par le tribunal. La sanction que les tribunaux ont développée en matière de clause de non-concurrence (validité sans réduction possible ou nullité) est beaucoup plus efficace puisqu'elle force ces parties à être raisonnables, au départ, dans leurs exigences, à défaut de quoi la clause est nulle. » (CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoires de la Chambre des notaires du Québec: Projet de loi 125: Code civil du Québec*, juillet 1991, p. 90).

⁴ Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 150, p. 246.

⁵ *Id.*, n° 152, p. 248.

⁶ *Id.*, n° 153, p. 251.

⁷ *Id.*, n° 154, p. 252.

juges ont utilisé le nouveau pouvoir d'intervention judiciaire que leur octroie l'article 1623 C.c.Q., en vue de répondre à deux questions principales. La première consiste à savoir à quelle fréquence les juges exercent leur pouvoir de réduction des clauses pénales et à déterminer dans quels cas ils sont le plus susceptibles d'intervenir. La deuxième question concerne quant à elle le niveau de cohérence de la jurisprudence, et porte sur les motifs sur lesquels les juges québécois fondent leurs interventions aux termes de l'article 1623 C.c.Q. Est-il possible de dégager de la jurisprudence une interprétation relativement uniforme de cette disposition, impliquant un certain nombre de critères précis, ou doit-on plutôt voir l'article 1623 C.c.Q. comme conférant aux juges un très large pouvoir d'appréciation leur permettant de trancher en équité?

Afin de répondre à ces questions, nous avons répertorié l'ensemble des décisions de la Cour du Québec, de la Cour supérieure et de la Cour d'appel rendues entre janvier 1994 et avril 2015 dans lesquelles l'article 1623 C.c.Q. était mentionné⁸. Nous avons ensuite écarté les décisions qui, bien qu'elles fassent mention de l'article 1623 C.c.Q., ne traitaient pas de la question de l'application ou du caractère abusif d'une clause pénale. Cette première étape a mené à l'identification de 322 décisions. Notre analyse portant sur la notion d'abus, nous avons ensuite écarté les décisions dans lesquelles la clause pénale en cause avait été déclarée inapplicable par le tribunal, pour d'autres motifs que son caractère abusif. Nous en sommes ainsi arrivés à identifier un total de 279 décisions dans lesquelles des clauses avaient été soit maintenues et appliquées telles quelles, soit réduites, ou encore annulées par le tribunal. Ces 279 décisions comprennent 181 décisions de la Cour du Québec, 86 décisions de la Cour supérieure et 12 décisions de la Cour d'appel.

Pour analyser ces 279 décisions, nous avons fait appel à deux approches distinctes. En ce qui concerne l'évaluation de la fréquence d'intervention des tribunaux en matière de clause pénale, une approche quantitative s'imposait. Pour chaque décision, nous avons ainsi identifié le type de contrat dans lequel figurait la clause pénale en cause ainsi que le type de violation reprochée au débiteur de cette clause, afin d'obtenir un portrait général de la composition du corpus jurisprudentiel relatif à l'article 1623 C.c.Q. Nous avons également examiné le sort réservé aux clauses pénales

⁸ La liste des décisions considérées a été élaborée sur la base des jugements mentionnant l'article 1623 C.c.Q. et figurant dans les banques de données de CanLII et SOQUIJ.

par les juges québécois. Pour ce faire, chaque décision a été classée selon que la clause pénale impliquée avait été maintenue ou réduite par le tribunal en cause. Ces données nous ont ainsi permis d'avoir une idée du sort généralement réservé à ces clauses par les juges québécois (Partie I).

Dans un deuxième temps, nous avons utilisé une approche qualitative afin d'examiner les motifs invoqués par les tribunaux pour fonder leurs décisions. Contrairement à une analyse juridique traditionnelle, qui vise à identifier la norme se dégageant de l'application du droit aux faits dans un cas précis, notre analyse visait plutôt à clarifier la notion d'abus au moyen de l'identification des différents critères mobilisés par les juges. Dans une perspective exploratoire, les décisions ont été analysées sans égard à la manière dont les critères mentionnés étaient appliqués aux faits et à la décision finale rendue. L'analyse effectuée nous a ainsi permis d'identifier les critères utilisés par les juges et d'évaluer leur poids respectif dans la jurisprudence⁹ (Partie II).

Comme nous le verrons, les analyses effectuées ne nous ont pas permis de tracer des lignes directrices uniformes relativement à l'interprétation de l'article 1623 C.c.Q. Nous offrons donc en conclusion quelques réflexions sur les facteurs pouvant expliquer l'état actuel de la jurisprudence et orienter son développement dans les années qui viennent.

I. Étendue de l'intervention judiciaire en vertu de l'article 1623 C.c.Q.

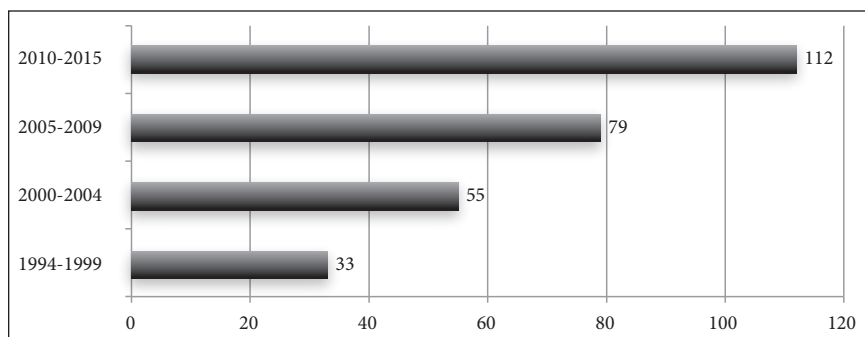
Une question importante relativement à notre compréhension du pouvoir conféré aux juges par l'article 1623 C.c.Q. est celle de la propension des juges à user de ce pouvoir pour réduire le montant des pénalités prévues par des clauses pénales. Dans la section qui suit, nous présenterons d'abord un portrait général de la jurisprudence afin d'identifier le type de clauses pénales soumises aux tribunaux. Nous évaluerons ensuite le taux de succès des débiteurs ayant tenté d'obtenir une réduction du montant de la pénalité réclamée, en fonction des types de contrats et de violations contractuelles concernés.

⁹ Il convient de noter que, puisqu'il ne tient pas compte des faits, ce genre d'analyse ne permet pas d'étudier la relation entre l'utilisation de critères particuliers et le sort réservé aux clauses pénales.

A. Portrait général du corpus

Comme en témoigne le graphique qui suit, la jurisprudence relative aux clauses pénales a connu une croissance ininterrompue depuis l'adoption du Code civil.

GRAPHIQUE 1 : Nombre de décisions rendues, selon les dates



Cette jurisprudence de plus en plus abondante comporte par ailleurs des décisions portant sur une grande variété de contrats et de clauses contractuelles. Afin d'obtenir une image plus précise de la composition du corpus, nous avons choisi de classer chacune des décisions en fonction de ces deux variables. En ce qui concerne les types de contrats dans lesquels se trouvaient les clauses pénales faisant l'objet du litige, nous avons identifié plus d'une vingtaine de qualifications différentes, que nous avons regroupées en sept grandes catégories. Comme l'indique le tableau 1, les contrats les plus fréquemment rencontrés dans le corpus sont les contrats de louage, d'entreprise ou de service et de vente, qui représentent ensemble 71 % du total, suivis par les contrats de franchise, de distribution ou d'approvisionnement, pour 12 % du total.

Les clauses pénales sont des obligations secondaires qui peuvent être utilisées pour sanctionner la violation d'un large éventail d'obligations principales par le débiteur de la clause. Bien que le corpus fasse état d'une grande variété d'obligations principales liées aux clauses pénales, nous avons cependant constaté que certains types étaient nettement plus fréquents que d'autres. Nous avons regroupé les décisions portant sur ces types d'obligations principales en catégories distinctes, les autres décisions

étant classées dans la catégorie « autres obligations ». Le tableau 2 illustre la répartition des décisions selon le type d'obligation contractuelle dont la violation a entraîné l'application de la clause pénale. Comme on peut le constater, près du tiers des décisions étudiées portent sur des cas de retard ou de défaut de paiement.

TABLEAU 1 : répartition des décisions par type de contrat – qualification

| Type de contrat | Nombre de décisions | Pourcentage des décisions |
|--|---------------------|---------------------------|
| Distribution, franchise, approvisionnement | 34 | 12 % |
| Entreprise, service | 74 | 27 % |
| Louage | 58 | 21 % |
| Vente | 63 | 23 % |
| Prêt, cautionnement | 10 | 4 % |
| Travail | 17 | 6 % |
| Autres ¹⁰ | 23 | 8 % |
| TOTAL | 279 | 100 % |

TABLEAU 2 : répartition des décisions par type d'obligation visée par la clause pénale

| Obligation principale | Nombre de décisions | Pourcentage des décisions |
|------------------------------------|---------------------|---------------------------|
| Non-concurrence, non-sollicitation | 42 | 15 % |
| Exclusivité | 25 | 9 % |
| Retard ou défaut de paiement | 83 | 30 % |
| Résiliation avant terme | 59 | 21 % |
| Autres obligations | 70 | 25 % |

Le portrait général du corpus suggère que les clauses pénales sont employées dans un vaste éventail de contrats et sanctionnent la violation d'une grande variété d'obligations contractuelles. Cependant, il faut souligner que ces deux variables ne sont pas indépendantes, certains types

¹⁰ Affrètement (1), convention d'actionnaires (3), divorce ou fin de vie commune (2), copropriété (5), crédit-bail (4), innommé (4), transaction (4).

de violation étant nettement plus fréquents dans certains types de contrats, et certains contrats impliquant en grande majorité un seul type de violation. Ainsi, les obligations de non-concurrence représentent la majorité des causes relatives aux contrats de travail (65 %) et de vente de commerce (86 %), alors que les problèmes de paiement sont majoritaires en ce qui concerne les contrats de louage mobilier (75 %) et de vente mobilière (62 %).

Une troisième variable a également été utilisée pour le classement des décisions. Partant de l'hypothèse selon laquelle les contrats d'adhésion ou de consommation sont plus susceptibles de contenir des clauses abusives, nous avons jugé pertinent de qualifier chacun des contrats selon qu'il avait été qualifié ainsi par le juge de contrat d'adhésion ou non¹¹. Les contrats quant auxquels le tribunal n'avait pas pris position sur le statut ou non de contrat d'adhésion ou de consommation ont été classés comme des contrats de gré à gré. Le tableau 3 illustre la répartition des décisions selon ce critère.

TABLEAU 3 : répartition des décisions par type de contrat – adhésion ou gré à gré

| Type de contrat | Nombre de décisions | Pourcentage des décisions |
|---------------------------------------|---------------------|---------------------------|
| Contrat de gré à gré | 232 | 83 % |
| Contrat d'adhésion ou de consommation | 47 | 17 % |

Il convient de souligner que, parmi les 232 contrats que nous avons classés comme de gré à gré, on compte un certain nombre de cas dans lesquels le caractère d'adhésion ou de gré à gré n'a pas été soulevé, ou dans lesquels le tribunal n'a pas jugé bon de trancher cette question, malgré qu'elle ait été soulevée par l'une ou l'autre des parties. Pour cette

¹¹ Cette manière de procéder a été choisie en partie en raison de l'impossibilité de qualifier les contrats d'une autre manière. Dans la plupart des cas, les décisions ne contenaient pas suffisamment d'informations sur l'identité des parties et le processus de négociation ayant mené à la conclusion du contrat pour permettre de déterminer si le contrat constituait ou non un contrat de consommation ou d'adhésion. En conséquence, cette qualification permet d'identifier uniquement les cas où ce facteur a été jugé assez pertinent pour être mentionné dans sa décision, ce qui n'exclut pas qu'il ait pu jouer un rôle dans d'autres décisions.

raison, les chiffres fournis ne représentent pas le nombre réel de contrats d'adhésion ou de consommation présents dans le corpus. En effet, on compte parmi les contrats que nous avons qualifiés comme de gré à gré un certain nombre de cas où le contrat aurait vraisemblablement été qualifié d'adhésion ou de consommation par le juge s'il s'était prononcé sur cette question.

B. Le sort réservé aux clauses pénales

L'analyse quantitative du corpus avait comme principal objectif d'évaluer la propension des juges québécois à exercer leur pouvoir d'appréciation en faveur des débiteurs des clauses pénales. À cet égard, l'étude de l'ensemble des décisions relatives à l'article 1623 C.c.Q. suggère que le fait de contester l'application d'une clause pénale est un pari peu risqué pour un débiteur. En effet, on note que, pour l'ensemble du corpus, seulement 42 % des clauses pénales concernées ont été appliquées sans aucune modification par les juges. La répartition des clauses pénales selon que la peine a été maintenue au niveau prévu, réduite, ou encore annulée¹² par les juges figure dans le tableau 4.

Notons par ailleurs que, parmi les décisions dans lesquelles la clause pénale a été appliquée sans modification, on compte un certain nombre de cas (14) dans lesquels le débiteur n'avait pas contesté la validité de la clause pénale ou présenté de preuve relative à son caractère abusif. Si l'on considère uniquement les décisions ayant maintenu une pénalité après examen de la preuve soumise quant à son caractère abusif, la proportion de décisions ayant confirmé la validité d'une clause pénale tombe à 38 %.

TABLEAU 4: répartition des décisions par résultat relatif à la clause

| Résultat | Nombre de décisions | Pourcentage des décisions |
|--------------|---------------------|---------------------------|
| Maintenue | 117 | 42 % |
| Réduite | 146 | 52 % |
| Annulée | 16 | 6 % |
| TOTAL | 279 | 100 % |

¹² Cette catégorie comprend les clauses annulées en vertu de l'article 1437 C.c.Q. ou de l'article 1623 C.c.Q.

Une question secondaire concerne la fréquence des interventions judiciaires relativement aux différents types de litiges qui sont soumis aux tribunaux. En d'autres termes, les juges ont-ils tendance à être plus interventionnistes dans certains cas que dans d'autres? Pour le savoir, nous avons examiné le sort réservé aux clauses pénales en tenant compte des différents types de contrats dans lesquels se trouvaient ces clauses (tableau 5). Nous avons ainsi pu observer que les taux de succès varient grandement selon la qualification du contrat. Ainsi, alors que les clauses appliquées sans réduction représentent 74 % des cas visant des contrats de franchise, distribution ou approvisionnement, cette proportion chute à 30 % dans les cas des contrats de prêt et cautionnement.

TABLEAU 5 : répartition des décisions par résultat relatif à la clause, par type de contrat

| Type de contrat | Total | Clause maintenue Nombre/ Pourcentage | Clause réduite Nombre/ Pourcentage | Clause annulée Nombre/ Pourcentage |
|--|-------|--|--|--|
| Distribution, franchise, approvisionnement | 34 | 25 (74 %) | 8 (24 %) | 1 (3 %) |
| Entreprise, service | 74 | 27 (36 %) | 45 (61 %) | 2 (3 %) |
| Louage | 58 | 25 (43 %) | 31 (53 %) | 2 (3 %) |
| Vente | 63 | 24 (38 %) | 35 (56 %) | 4 (6 %) |
| Prêt, cautionnement | 10 | 3 (30 %) | 4 (40 %) | 3 (30 %) |
| Travail | 17 | 6 (35 %) | 10 (59 %) | 1 (6 %) |
| Autres | 23 | 7 (30 %) | 13 (57 %) | 3 (13 %) |

Des différences apparaissent également lorsque l'on compare les différents types de contrats appartenant à une même qualification. On constate ainsi que, si les chances de succès sont comparables peu importe le type de contrat de vente en cause, il n'en est pas de même en ce qui concerne les contrats d'entreprise et de service ainsi que les contrats de louage.

TABLEAU 6 : répartition des décisions par résultat relatif à la clause, par type et sous-type de contrat

| Type de contrat | | Total | Clause maintenue Nombre/ Pourcentage | Clause réduite Nombre/ Pourcentage | Clause annulée Nombre/ Pourcentage |
|---------------------|--------------|-------|--|--|--|
| Entreprise, service | Entreprise | 36 | 7 (19 %) | 28 (78 %) | 1 (3 %) |
| | Service | 38 | 20 (53 %) | 17 (45 %) | 1 (2 %) |
| Louage | Immobilier | 42 | 21 (50 %) | 20 (48 %) | 1 (2 %) |
| | Mobilier | 16 | 4 (25 %) | 11 (69 %) | 1 (6 %) |
| Vente | D'entreprise | 21 | 7 (33 %) | 13 (62 %) | 1 (5 %) |
| | Immobilière | 9 | 3 (33 %) | 5 (56 %) | 1 (11 %) |
| | Mobilière | 26 | 10 (38 %) | 14 (54 %) | 2 (8 %) |

Enfin, la qualification d'un contrat comme contrat d'adhésion ou de consommation semble également avoir un effet sur le sort réservé à la clause pénale, la proportion de clauses maintenues étant de 32 % dans ces contrats par rapport à 43 % dans les contrats non qualifiés comme tels (tableau 7).

TABLEAU 7 : répartition des décisions par résultat relatif à la clause, par type de contrat (adhésion / consommation ou gré à gré)

| Type de contrat | Total | Clause maintenue Nombre/ Pourcentage | Clause réduite Nombre/ Pourcentage | Clause annulée Nombre/ Pourcentage |
|---------------------------------------|-------|--|--|--|
| Contrat d'adhésion ou de consommation | 47 | 15 (32 %) | 24 (51 %) | 8 (17 %) |
| Contrat de gré à gré | 232 | 102 (44 %) | 122 (53 %) | 8 (3 %) |

Nous avons également examiné les liens entre l'obligation principale violée par le débiteur de la clause pénale et le sort réservé à cette clause. Comme l'indique le tableau 8, on note d'importantes différences entre les

principaux types d'obligations principales à cet égard. Alors que 79 % des clauses relatives à des obligations d'exclusivité ont été maintenues, seulement 26 % des clauses sanctionnant des violations à une obligation de non-concurrence ont subi le même sort.

TABLEAU 8 : répartition des résultats en fonction de l'obligation contractuelle sanctionnée par la clause pénale

| Obligation principale | Total | Clause maintenue Nombre/ Pourcentage | Clause réduite Nombre/ Pourcentage | Clause annulée Nombre/ Pourcentage |
|------------------------------------|-------|--|--|--|
| Exclusivité | 25 | 20 (80 %) | 4 (16 %) | 1 (4 %) |
| Non-concurrence, non-sollicitation | 42 | 11 (26 %) | 31(74 %) | 0 (0 %) |
| Résiliation avant terme | 59 | 25 (42 %) | 32 (54 %) | 2 (4 %) |
| Retard ou défaut de paiement | 83 | 27 (33 %) | 51 (61 %) | 5 (6 %) |

Par ailleurs, comme nous l'avons mentionné ci-haut, les variables relatives au type de contrat et de violation contractuelle ne sont pas indépendantes, certains types d'obligations principales étant plus susceptibles de se retrouver dans certains types de contrats que dans d'autres. Au vu de cette concentration, il nous a semblé intéressant de croiser ces variables afin d'observer leur effet combiné sur le sort réservé à la clause pénale. Nous avons donc divisé les décisions étudiées en sous-catégories comprenant des combinaisons d'obligation principale et de type de contrat spécifiques, ce qui nous a permis d'identifier 10 sous-catégories comprenant 10 décisions judiciaires ou plus. Comme le montre le tableau 9, le sort réservé aux clauses pénales varie grandement entre chacune de ces sous-catégories : par exemple, il semble nettement plus facile pour un débiteur d'obtenir la réduction d'une peine si le contrat résilié avant terme est un contrat d'entreprise plutôt qu'un contrat de service ou un bail commercial.

TABLEAU 9 : répartition des résultats en fonction de l'obligation principale et du type de contrat

| Type de contrat | Clause contractuelle | Total | Clause maintenue Nombre/ Pourcentage | Clause réduite Nombre/ Pourcentage | Clause annulée Nombre/ Pourcentage |
|--|------------------------------------|-------|--|--|--|
| Distribution, franchise, approvisionnement | Exclusivité | 20 | 17 (85 %) | 2 (10 %) | 1 (5 %) |
| Travail | Non-concurrence, non-sollicitation | 11 | 2 (18 %) | 9 (82 %) | 0 (0 %) |
| Vente d'entreprise | Non-concurrence, non-sollicitation | 18 | 7 (39 %) | 11 (61 %) | 0 (0 %) |
| Entreprise | Résiliation avant terme | 12 | 1 (8 %) | 11 (92 %) | 0 (0 %) |
| Service | Résiliation avant terme | 19 | 9 (47 %) | 9 (47 %) | 1 (5 %) |
| | Retard ou défaut de paiement | 11 | 6 (55 %) | 5 (45 %) | 0 (0 %) |
| Louage commercial | Résiliation avant terme | 10 | 7 (70 %) | 3 (30 %) | 0 (0 %) |
| | Retard ou défaut de paiement | 20 | 8 (40 %) | 11 (55 %) | 1 (5 %) |
| Louage mobilier | Retard ou défaut de paiement | 12 | 4 (33 %) | 8 (67 %) | 0 (0 %) |
| Vente mobilière | Retard ou défaut de paiement | 16 | 3 (19 %) | 11 (69 %) | 2 (12 %) |

La présence d'une corrélation entre le sort réservé aux clauses pénales et le type de contrat et d'obligation principale en cause soulève la question des facteurs entraînant de tels résultats. Une première hypothèse à cet égard est celle de l'existence d'un lien direct entre le type de contrat et le caractère abusif des clauses pénales généralement utilisées dans de tels contrats. En d'autres termes, on pourrait croire qu'en raison de pratiques commerciales propres à chaque secteur d'activités, les clauses abusives se rencontrent plus fréquemment dans certains types de contrats que dans d'autres. Il est cependant impossible de vérifier cette hypothèse sur la seule base d'une étude jurisprudentielle, en raison du manque de représentativité des cas formant le corpus par rapport à l'ensemble des contrats d'un type déterminé. En effet, il est probable que la composition des litiges soumis aux tribunaux diffère selon les types de contrats. Notamment, considérant les coûts et les délais que représente le recours aux tribunaux, on peut supposer que la proportion de litiges soumis aux tribunaux variera en fonction de l'importance des enjeux soulevés dans ce type de contrat. Dans le cas de contrats mettant en cause des montants relativement peu élevés, comme par exemple les contrats de vente mobilière, on pourrait penser que les seuls cas qu'il vaille la peine de soumettre aux tribunaux sont ceux qui comportent une pénalité particulièrement abusive, ce qui justifierait une plus grande sévérité des juges quant à ce type de contrats. Dans cette perspective, on ne peut considérer le corpus comme représentatif de l'ensemble des clauses pénales utilisées dans un secteur d'activités précis.

Une autre hypothèse consiste plutôt à voir dans le type de contrat ou d'obligation principale concerné un facteur ayant un effet causal direct sur l'attitude des juges. Autrement dit, un juge placé devant un contrat d'entreprise ou une clause de non-concurrence, par exemple, aurait tendance de ce seul fait à être moins exigeant relativement à la preuve du caractère abusif de la clause pénale. Il faut cependant prendre garde d'en arriver à une telle conclusion sur la seule base des données étudiées. D'une part, il faut souligner que les variations observées ne sont pas uniformes selon les types de contrat ou de violation. Si dans certains cas, comme les contrats d'entreprise, la grande majorité des décisions penchent en faveur d'un résultat donné, les résultats sont beaucoup plus partagés dans d'autres cas (par exemple les contrats de louage immobilier). De plus, la même variabilité est observable lorsque l'on combine les deux variables de façon à former des sous-catégories. Il semble donc que, même si l'on supposait qu'il existe effectivement un biais systémique, il n'est pas uniforme dans toutes les situations.

Par ailleurs, il convient de noter que les types de contrat et d'obligation principale sanctionnée représentent seulement une fraction des éléments caractérisant un cas soumis aux tribunaux. Or, il est possible que le lien observé entre le sort réservé aux clauses pénales et ces deux variables ne résulte pas de ces variables en elles-mêmes mais plutôt d'autres éléments qui leur sont plus ou moins fortement corrélés. Par exemple, il se peut que certains types de contrats lient généralement des gens d'affaires expérimentés, à l'égard desquels les tribunaux jugeraient moins approprié d'intervenir qu'à l'égard d'autres parties. On pourrait aussi supposer que s'il existe un biais systématique en faveur d'une partie à un contrat (par exemple, le client dans un contrat d'entreprise), ce biais aura un effet différent sur la décision selon que le client en question est débiteur ou créancier de la clause pénale. Une analyse plus poussée des décisions formant le corpus jurisprudentiel serait nécessaire afin d'évaluer la comparabilité des cas par rapport à de tels critères et examiner éventuellement le lien entre ces critères et le sort réservé aux clauses pénales. En raison du nombre restreint de décisions dont nous disposons, il nous semble cependant peu probable d'être en mesure de créer des sous-catégories assez homogènes comprenant un nombre suffisant de décisions pour permettre de tirer des résultats probants d'une telle forme d'analyse.

II. L'évaluation du caractère abusif des clauses pénales

Le second objectif poursuivi dans la réalisation de l'analyse jurisprudentielle entreprise consistait à évaluer la cohérence de la jurisprudence quant aux critères devant être utilisés pour décider du caractère abusif ou non d'une clause pénale. Pour ce faire, nous avons d'abord procédé à l'identification des critères mentionnés par la jurisprudence, avant d'observer la fréquence à laquelle ils sont invoqués par les juges québécois dans leurs décisions.

A. Les critères d'évaluation de l'abus

Selon la doctrine¹³, les tribunaux possèdent, quant à la validité des clauses pénales, un large pouvoir d'appréciation impliquant de tenir

¹³ Voir V. KARIM, préc., note 3, n° 2469, p. 960 : « Les tribunaux ont un large pouvoir discrétionnaire quant à l'appréciation de la clause pénale. » ; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 4, n° 152, p. 148 : « Le législateur a confié aux tribunaux un large

compte des circonstances propres à chaque affaire, ce qui rend « difficile l'élaboration de critères stricts »¹⁴ en la matière. Afin d'acquérir une meilleure connaissance non seulement des critères mentionnés, mais également de leur importance respective dans les décisions judiciaires, nous avons choisi de procéder de la manière suivante.

Dans un premier temps, nous avons procédé à une première lecture d'un certain nombre de décisions, afin de dresser une liste complète des critères mentionnés par les juges au soutien de leurs décisions. Toutes les décisions ont ensuite été analysées à l'aide du logiciel de traitement de données qualitatives NVivo, en vue de les associer à un ou plusieurs des critères identifiés. Nous avons également complété et modifié cette liste initiale de manière inductive, au fur et à mesure de la lecture des décisions, en ajoutant de nouveaux critères ou au contraire en retirant ou fusionnant des critères préalablement identifiés. Afin de faciliter l'analyse, nous avons dans un même temps procédé à la classification de ces critères dans un certain nombre de catégories, qui ont elles-mêmes été modifiées au besoin au cours de l'analyse.

Ce travail de catégorisation nous a permis de mettre à jour deux types d'analyse différents, selon le moment auquel on choisit de se placer pour évaluer le caractère abusif de la clause pénale, soit au moment de la formation du contrat (évaluation *a priori*) ou encore par la suite, que ce soit au moment de l'inexécution de l'obligation visée ou du jugement (évaluation *a posteriori*). Ces deux modes d'évaluation impliquent des critères d'évaluation distincts, qui seront examinés tour à tour, en soulignant dans quelle mesure ils sont conformes aux orientations suggérées par la doctrine quant à la notion d'abus.

1. L'évaluation *a priori*

Une première approche pour évaluer le caractère abusif d'une clause pénale consiste à se placer au moment de la formation du contrat, pour examiner les circonstances entourant cette formation et la conduite des parties au moment en question. Cette approche fait appel à deux catégories de critères distincts.

pouvoir d'appréciation quant aux critères de ce qui constitue une clause pénale abusive.»

¹⁴ V. KARIM, *id.*, n° 2469, p. 960.

a. Le contenu du contrat

L'analyse du contenu du contrat correspond à l'approche proposée par la doctrine, selon laquelle le caractère abusif d'une clause pénale peut être évalué soit « intrinsèquement, ou dans le contexte des autres stipulations de la convention en l'espèce ou même en rapport avec toute autre convention qui y est liée »¹⁵. On trouve plusieurs mentions de critères appartenant à cette catégorie dans la jurisprudence, les principaux étant les suivants :

- l'ensemble des obligations prévues par le contrat

Ce critère d'évaluation porte sur le caractère équilibré de la peine par rapport à la valeur du bien visé par le contrat, sa durée ou les profits qui en découlent¹⁶.

- le caractère essentiel de la clause pénale

Ce critère vise à évaluer le caractère abusif de la peine en fonction de l'importance du respect de l'obligation à laquelle elle se rattache pour assurer l'atteinte des résultats recherchés par les parties. Il renvoie notamment à la nécessité pour la peine d'être suffisamment importante pour permettre à la clause pénale d'avoir un caractère dissuasif¹⁷. On pourra

¹⁵ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 4, n° 154, p. 252; voir aussi V. KARIM, *id.*, n° 2452, p. 952: « La clause doit être aussi examinée eu égard à l'ensemble du contrat. »

¹⁶ Par exemple, on a considéré comme abusive une peine de 7 000 \$ prévue dans un contrat portant sur un bien de 30 000 \$ (*Cantin-Biendron c. Tremblay*, 2006 QCCQ 417 (CanLII)) et une pénalité de 10 000 \$ dans un contrat d'une valeur de 8 530 \$ (*Portes Overhead Door de Montréal (1965) Ltée c. Construction Broccolini Inc.*, J.E. 95-684 (C.Q.)); en comparaison, une peine de 40 000 \$ relative à une transaction ayant rapporté 286 500 \$ de profits (*Gestion Jeroden Inc. c. Choice Hotels Canada Inc.*, J.E. 2000-2175 (C.S.)) et une peine équivalant à 7 mois et demi de loyer dans un bail d'une durée de 21 ans (3353672 *Canada Inc. v. Diab*, [2001] Q.J. No. 2145 (LN/QL), n° AZ-50187832 (C.S.)) ont été maintenues.

¹⁷ Voir par exemple *Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Érablière de l'amitié, s.e.n.c.*, 2010 QCCS 3977, par. 62 (CanLII): « En l'espèce, le Tribunal doit tenir compte du rôle de régulateur économique de la Régie. La pénalité doit être assez élevée pour être dissuasive et servir d'exemple. »; *Distribution Stéréo Plus Inc. c. 140 Gréber Holding Inc.*, 2012 QCCS 33, p. 12 (CanLII): « Dans un tel cadre, l'imposition de la pénalité de l'article 4.4.10, soit 25 000 \$ à titre de dommages minimaux, a pour but, entre autres, d'inciter un franchisé à bien évaluer la légitimité de ses prétentions avant de passer à l'action; cette pénalité est justifiée dans ces circonstances. »

aussi se demander dans quelle mesure l'inclusion de la clause pénale était jugée indispensable par les parties pour assurer la rentabilité du contrat¹⁸.

- le caractère usuel de la clause pénale

Ce critère, qui se rapproche de celui qui est prévu au second alinéa de l'article 1437 C.c.Q.¹⁹, permet de considérer la conformité de la clause pénale avec les pratiques commerciales habituelles dans le secteur considéré afin de mesurer son caractère abusif²⁰.

b. La conclusion du contrat

La deuxième catégorie de critères met quant à elle l'accent sur la qualité du consentement des parties et du processus de négociation ayant mené à la conclusion du contrat. Notons que la pertinence de tels critères dans l'évaluation du caractère abusif ne fait pas consensus parmi les auteurs. En effet, alors que le professeur Karim mentionne comme pertinents des facteurs relatifs à la négociation du contrat, tels que l'existence de négociations ou l'expérience des personnes impliquées²¹, les professeurs Jobin et Vézina sont au contraire d'avis que l'application de l'article 1623 C.c.Q. «exclut la prise en compte d'un consentement libre et éclairé donné au contrat, une question totalement distincte»²².

Les critères appartenant à cette catégorie visent à évaluer dans quelle mesure les parties, et plus spécifiquement le débiteur, ont consenti de

¹⁸ Voir par exemple *Gaz Métro Inc. c. Meunerie Trans-Canada Inc.*, 2011 QCCS 6214, p. 41 (CanLII) : « non seulement s'agit-il d'un objet règlementé mais cette disposition qui présente des apparences exorbitantes, n'en est pas moins justifiée par des besoins de rentabilité pour le fournisseur de services qui doit, dans ce cas précis, supporter des coûts importants pour l'extension de la conduite de gaz. En contrepartie, le client profite d'une situation de prix plus avantageuse, comportant des rabais liés au volume d'achats et à la durée du contrat, en plus d'une contribution financière à l'installation d'équipements à l'usine. En somme, il s'agit d'une clause qui fait partie d'un ensemble, le contrat, qui compte des avantages et des inconvénients. »

¹⁹ Selon cet alinéa, est abusive, notamment, « la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci ».

²⁰ Voir par exemple *Pascan Aviation Inc. c. Di Marzio*, 2009 QCCS 4 (CanLII) ; *Services immobiliers Pierre Leblanc Inc. c. Bouchard*, J.E. 2000-140, n° AZ-00031041 (C.Q.) ; *Serviettes industrielles Normand Inc. c. Automobiles Rivière-du-Loup Inc.*, J.E. 96-1384, n° AZ-96031281 (C.Q.) ; *Ward c. Bélisle*, [1995] J.Q. No. 1040 (C.S.) (LN/QL).

²¹ V. KARIM, préc., note 3, n° 2448, p. 951.

²² J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 4, n° 152, p. 248.

façon libre et éclairée à l'introduction de la clause pénale. On présume ainsi qu'une clause pénale librement négociée ne saurait être source d'abus contractuel. Parmi les éléments considérés comme pertinents à cet égard, on compte les suivants :

- l'équilibre ou le déséquilibre entre les positions respectives des parties

Les niveaux de compétence ou d'expérience respectifs des parties ainsi que le fait qu'elles étaient ou non représentées par des conseillers juridiques peuvent constituer des indices à l'effet que la clause a été librement consentie par le débiteur. Par exemple, on a jugé que « [l]a clause pénale incluse dans une transaction n'est pas abusive lorsque le débiteur n'est pas dans une situation de vulnérabilité ou de faiblesse par rapport à l'autre et que les deux parties semblent aussi expérimentées l'une que l'autre, savent ce qu'elles font et connaissent l'application de chacune des clauses de la transaction »²³.

- le processus de négociation ayant mené à la signature du contrat

La qualité du consentement des parties peut aussi être évaluée en tenant compte de la fréquence, de la durée et du contenu des négociations intervenues entre les parties²⁴.

- les relations antérieures entre les parties

Finalement, les relations antérieures entre les parties sont un élément pouvant permettre d'évaluer la qualité du consentement. Par exemple, le fait qu'un contrat comportant une clause pénale ait été renouvelé à plusieurs reprises au cours des années peut signaler que les parties le trouvaient mutuellement avantageux²⁵.

2. L'évaluation *a posteriori*

Le deuxième type d'évaluation consiste à tenir compte des événements ayant suivi la formation du contrat, notamment les circonstances ayant

²³ *Maisons Orford Inc. c. Investissements de l'Estrie Inc.*, 2012 QCCQ 17867, p. 16 (CanLII).

²⁴ Voir par exemple *Diamantopoulos c. Construction Dompat Inc.*, 2013 QCCA 929, p. 26 (CanLII) : « si l'intimée affirme plutôt qu'il convient de tenir compte du fait que ces clauses ont pu être discutées et négociées par les parties, qui se sont entendues, elle a raison : cela, certainement, est un élément à considérer, même s'il n'est pas nécessairement déterminant ». Voir aussi *WMI-99 Holding Company (Winners Merchants Inc.) c. Immeubles WCG Inc.*, 2006 QCCS 3817.

²⁵ *Monroy Inc. c. Chen (Accommodation Rayon de soleil)*, 2013 QCCQ 5174 (CanLII).

mené à l'application de la clause pénale de même que les conséquences découlant de la violation sanctionnée par la clause ainsi que de l'application de cette clause. Trois types de critères sont utilisés pour ce faire. Le premier, qui correspond à ce que les professeurs Lluelles et Moore qualifient d'abus intrinsèque²⁶, renvoie à l'évaluation du caractère approprié de la peine au regard du préjudice subi par le créancier. Les deux autres visent quant à eux les cas où une clause devient déraisonnable en raison des circonstances prévalant au moment de l'inexécution.

Notons que, comme l'a souligné la Cour d'appel du Québec dans le cadre de l'interprétation de l'article 1437 C.c.Q.²⁷, le fait de prendre en compte des faits postérieurs à la conclusion d'un contrat afin d'évaluer le caractère abusif d'une de ses dispositions semble à première vue relever de l'imprévision, théorie non admise actuellement en droit québécois. Or, il est intéressant de noter que ce point n'est jamais soulevé dans la doctrine, et l'a été à une seule reprise dans la jurisprudence²⁸. Il semble donc qu'une clause pénale non abusive au moment de la conclusion du contrat puisse le devenir par la suite et être réduite pour ce motif²⁹.

a. Le préjudice subi par le débiteur

Ce premier critère peut être vu comme découlant du caractère compensatoire de la clause pénale, qui doit permettre d'indemniser le créancier tout en prévenant son enrichissement injustifié³⁰. Comme nous l'avons mentionné auparavant, la doctrine est d'avis que ce critère devrait

²⁶ Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, n^o 3007, p. 1879.

²⁷ PGQ c. *Kabachian Kechician*, 2000 CanLII 7772 (QC C.A.).

²⁸ *Sansregret, Taillefer & Associés Inc. c. Demers*, J.E. 2005-975, n^o AZ-50308197 (C.S.), conf. par *Demers c. Sansregret, Taillefer & Associés Inc.*, 2007 QCCA 271.

²⁹ Ainsi, selon le juge Gilles Blanchet de la Cour supérieure, « [l]a détermination de la validité d'une clause à caractère pénal doit s'effectuer en fonction des conséquences qu'elle engendre au moment de sa mise en œuvre, et non en fonction de sa portée théorique au moment de la signature du contrat. » (*Société de gestion Place Laurier Inc. c. Beaulieu*, J.E. 99-1070, n^o AZ-99021531, par. 40 (C.S.)).

³⁰ Voir par exemple *Berges Massawipi c. Gottsegen*, 2008 QCCS 143, par. 289 (CanLII) : « À la lumière de l'évaluation faite des dommages qui pourraient être octroyés, en l'absence d'une clause pénale, le Tribunal conclut qu'il serait déraisonnable et abusif de condamner les défendeurs à une pénalité de l'ordre de 365 000 \$. »); *Ascenseurs Microtec Inc. c. 9097-4197 Québec Inc.*, 2007 QCCQ 3220 (CanLII); *Azrieli c. Multi-restaurants Inc.*, 2008 QCCQ 8136 (CanLII).

jouer un rôle prépondérant dans l'évaluation du caractère abusif d'une clause pénale. Nous verrons plus loin la place occupée par ce critère dans la jurisprudence.

b. La conduite des parties

Le deuxième critère englobe les éléments relatifs à la conduite des parties entre la conclusion du contrat et la date du jugement. Notamment, on prendra en considération la cause de la violation contractuelle reprochée au débiteur, sa gravité et son caractère répétitif ou délibéré³¹. Dans les cas de résiliation avant terme du contrat, on pourra également tenir compte du moment de la violation par rapport à la durée restante du contrat.

c. Les effets de l'application de la clause

Le troisième critère renvoie aux effets qui découleraient de l'application de la clause sur le débiteur, y compris sa capacité de payer la pénalité prévue³².

³¹ Voir par exemple *Gestion Bernard de Carufel Inc. c. Rousseau*, n° AZ-50112926 (C.S.), 2002 CanLII 62743, par. 13 (QC C.S.): « Mais, c'est surtout la preuve qui milite en faveur de l'application de l'article 1623 du Code civil. Elle a en effet démontré que les violations ont été de très peu d'importance, isolées, presque accidentelles. »; *Systèmes de Formation et Gestion Perform Inc. c. Kherbouche*, J.E. 2004-55 (C.Q.), 2003 CanLII 20060, par. 52 (QC C.Q.): « Afin de déterminer la réduction de la pénalité, le Tribunal tient compte que madame Kherbouche n'a pas fait usage de ladite liste des clients auprès de ses employeurs, elle n'en a pas permis l'utilisation par un tiers, elle n'en a tiré aucun profit. »; *Pacitto c. Bisaillon*, J.E. 2002-1694 (C.Q.), 2002 CanLII 20336, par. 25 (QC C.Q.): « Dans la présente instance, la violation de la clause de non-concurrence par le défendeur est totale, claire et non bénigne [...] Le défendeur a systématiquement, volontairement et continuellement fait fi de son engagement même après qu'une lettre de mise en demeure lui ait formellement rappelé les termes de la convention liant les parties. »; *Simard c. Simard*, J.E. 97-1745, n° AZ-97021741, p. 11 (C.S.): « Par ailleurs, les violations prouvées ne sont pas nombreuses ni se [sic] semblent systématiques ou effectuées de mauvaise foi. »; *Charrette c. Évaluations J. Lafortune Inc.*, J.E. 99-2192, n° AZ-99031481, par. 17 (C.Q.): « Ce n'est donc pas de mauvaise foi mais dans le seul but de satisfaire un client important, qu'ils ne pouvaient se permettre de contrarier, que les défendeurs ont contrevenu une seule fois aux dispositions de la convention. »

³² Voir par exemple *9039-3117 Québec Inc. c. Domaine de la détente Inc.*, J.E. 99-815, n° AZ-99021408, p. 9 (C.S.): « [L]e Tribunal aurait mitigé considérablement les sommes dues (article 1623 C.C.Q.) en raison de la disproportion entre la pénalité de 200 \$ par jour et les revenus de Bernier fixés à 8 \$ l'heure. »; *Agence Maître Boucher*

Dans la section qui suit, nous examinerons de plus près la fréquence à laquelle les motifs mentionnés sont invoqués dans la jurisprudence.

B. La répartition des motifs

Dans une perspective exploratoire, nous avons tenté de déterminer l'importance relative dans le corpus de chacun des types d'évaluation (*a priori* ou *a posteriori*). Il importe de mentionner la présence dans le corpus d'un certain nombre de décisions (44) ne comportant aucun des critères ci-haut mentionnés. Parmi celles-ci, on compte

- 14 décisions dans lesquelles le tribunal a maintenu la clause pénale en raison du fait que le débiteur n'avait pas invoqué son caractère abusif ou présenté de preuve à cet égard;
- 19 décisions dans lesquelles on a jugé, pour des motifs non précisés, que le débiteur ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve requis pour établir le caractère abusif de la clause pénale;
- 11 décisions dans lesquelles la clause pénale a été réduite pour des raisons d'équité ou de justice contractuelle ou pour des raisons non précisées.

Le tableau 10 indique, pour les 235 décisions motivées, le nombre d'entre elles qui font mention d'un ou plusieurs des critères tombant dans chacune de ces catégories.

TABLEAU 10: Nombre de décisions par type d'évaluation

| Motifs mentionnés | Nombre | Pourcentage* |
|--|--------|--------------|
| Évaluation <i>a priori</i> | 149 | 63 % |
| Évaluation <i>a posteriori</i> | 168 | 71 % |
| Évaluations <i>a priori</i> et <i>a posteriori</i> | 82 | 34 % |

* correspond à la proportion des 235 décisions motivées mentionnant ce type de motifs

Inc. c. Robert, 2009 QCCS 1120, par. 80 (CanLII) : « Compte tenu de toutes les circonstances et des revenus de Lessard (14,25 \$ de l'heure), le Tribunal estime qu'il serait raisonnable de réduire la pénalité due par Lessard. »; *Enlèvement de déchets Bergeron Inc. c. Roulottes Prolite Inc.*, 2009 QCCQ 2140, n° AZ-50544727, par. 55 (CanLII) : « [II] n'y a aucune circonstance particulière, telle la difficulté financière qui serait causée au débiteur, justifiant un caractère abusif à la clause sous étude. »

On note que, si les évaluations *a priori* et *a posteriori* occupent une place comparable dans les motivations judiciaires, ces analyses se font le plus souvent de façon exclusive. Ainsi, seulement 82 des décisions ayant fait appel à une évaluation *a priori* ou *a posteriori* combinent ces deux types d'évaluations, alors que 153 décisions invoquent l'une d'elles à l'exclusion de l'autre.

Par ailleurs, si l'on décompose chacune des approches en fonction des différentes catégories de motifs qui y sont associés, on constate qu'aucun d'entre eux n'occupe une place dominante (tableau 11).

TABLEAU 11 : nombre de décisions par critère d'évaluation

| Motifs mentionnés | | Nombre | Pourcentage* |
|-----------------------------------|-------------------------|--------|--------------|
| Évaluation <i>a priori</i> | Contenu du contrat | 90 | 38 % |
| | Conclusion du contrat | 88 | 37 % |
| Évaluation <i>a posteriori</i> | Préjudice subi | 96 | 40 % |
| | Conduite des parties | 108 | 46 % |
| | Effets de l'application | 27 | 11 % |

* correspond à la proportion des 235 décisions motivées mentionnant ce type de motifs

Suivant ces résultats, il est difficile d'identifier des tendances relatives à l'ensemble des décisions étudiées. En conséquence, nous nous sommes demandé dans quelle mesure de telles tendances pourraient être observées en séparant le corpus en fonction des autres facteurs étudiés, soit le type de contrat et le type d'obligation principale visée par la clause pénale. En ce qui concerne le type de contrat, le tableau 12 indique qu'il existe peu de différences entre les catégories, à l'exception des contrats de travail, à l'égard desquels les tribunaux semblent peu enclins à favoriser l'utilisation exclusive d'une approche *a priori*, et les contrats de prêt et de cautionnement, à l'égard desquels il est rare d'utiliser une combinaison d'approches.

En ce qui concerne le type d'obligation principale visée par la clause, on observe une plus grande variation dans les motivations fournies, certains types de clauses semblant favoriser l'utilisation de certains modes d'évaluation. Ainsi, les clauses pénales jointes à des clauses de non-concurrence et de résiliation sont peu susceptibles de faire l'objet d'une évaluation exclusivement *a posteriori*, alors que les clauses liées à des défauts de paiement sont plus souvent sujettes à une telle évaluation.

TABLEAU 12 : répartition des décisions par type d'évaluation, par type de contrat

| Type de contrat | Évaluation <i>a priori</i> seulement | Évaluation <i>a posteriori</i> seulement | Combinaison des deux évaluations |
|--|--------------------------------------|--|----------------------------------|
| Distribution, franchise, approvisionnement | 35 % | 32 % | 32 % |
| Entreprise, service | 40 % | 30 % | 30 % |
| Louage | 33 % | 29 % | 38 % |
| Vente | 36 % | 28 % | 36 % |
| Prêt, cautionnement | 43 % | 43 % | 14 % |
| Travail | 41 % | 18 % | 41 % |
| Autres | 33 % | 24 % | 43 % |

TABLEAU 13 : répartition des décisions par type d'évaluation, par obligation principale visée par la clause pénale

| Obligation principale | Évaluation <i>a priori</i> seulement | Évaluation <i>a posteriori</i> seulement | Combinaison des deux évaluations |
|------------------------------------|--------------------------------------|--|----------------------------------|
| Exclusivité | 30 % | 30 % | 40 % |
| Non-concurrence, non-sollicitation | 53 % | 3 % | 45 % |
| Résiliation avant terme | 42 % | 19 % | 38 % |
| Retard ou défaut de paiement | 26 % | 50 % | 24 % |

Ceci étant dit, on notera que peu importe le type de contrat ou de violation contractuelle, les décisions présentent une variété d'approches en matière d'évaluation³³.

³³ Il est intéressant de noter que cette variété au niveau des motifs est observable même dans les cas où une tendance est identifiable au plan du résultat (maintien ou réduction de la clause pénale). Par exemple, bien que les décisions impliquant des clauses pénales liées à des obligations d'exclusivité fassent appel aux deux types d'évaluation dans une proportion égale, elles ont néanmoins conclu au maintien de la clause pénale dans 80 % des cas.

C. Les multiples facettes de l'article 1623 C.c.Q.

Le portrait que nous venons de tracer révèle l'absence de systématique relativement à l'application de l'article 1623 C.c.Q., aucun test ou processus d'analyse clair n'émergeant de la jurisprudence. La diversité observée au niveau des modes et critères d'évaluation utilisés par les juges québécois suggère que l'article 1623 C.c.Q. remplit plusieurs fonctions différentes.

D'abord, la mention du critère relatif à l'équilibre entre le préjudice subi et la peine indiquée que, conformément à ses origines, la clause pénale a un caractère compensatoire. L'article 1623 C.c.Q., apparaît ainsi comme un moyen d'assurer au minimum une pleine indemnisation du créancier, tout en prévenant son enrichissement injustifié aux dépens du débiteur. Il est cependant surprenant de noter que, malgré qu'il soit considéré comme particulièrement pertinent par la doctrine, ce critère n'occupe pas une place prépondérante dans les décisions étudiées, la majorité d'entre elles n'en faisant pas mention³⁴.

La deuxième fonction attribuée à l'article 1623 C.c.Q. consiste à assurer le maintien du rôle dissuasif³⁵ habituellement reconnu aux clauses pénales. Ainsi, on a jugé qu'afin de conserver aux clauses pénales leur fonction de prévention des violations contractuelles, il était essentiel que leur montant demeure supérieur au préjudice réellement subi par les créanciers³⁶. On a aussi considéré, pour évaluer le caractère abusif d'une

³⁴ Dans l'une des premières décisions portant sur l'article 1623 C.c.Q., le juge Hurtubise de la Cour supérieure avait même explicitement remis en cause la pertinence de ce critère visant le « caractère lésionnaire » de la clause pénale, qu'il considérait comme incompatible avec la « réalité et la raison d'être de la clause pénale qui visent à éviter d'avoir à prouver le préjudice subi » (*151276 Canada Inc. c. Verville*, [1994] R.J.Q. 2950, J.E. 94-1917, p. 14 (C.S.) (LN/QL). Sur la question de savoir dans quelle mesure l'application d'une clause pénale requiert la présence et la preuve d'un préjudice, voir Julie PAQUIN, « Le contrôle des clauses pénales abusives en droit québécois: la clause pénale peut-elle être punitive? », (2013) 47 R.J.T. 387.

³⁵ Ou, suivant la terminologie utilisée par la doctrine et les juges, le caractère comminatoire de la clause pénale. Pour plus de précision sur la notion de peine comminatoire, voir Julie PAQUIN, *id.*

³⁶ Voir par exemple *Gestion FBC Inc. c. 9203-1806 Québec Inc. (Isolation Polaire)*, 2014 QCCQ 8191, n° AZ-51105921 (CanLII); *St-Augustin (Municipalité de) c. Roch Lessard 2000 Inc.*, 2013 QCCA 1606 (CanLII); *LSCI Inc. c. Hureca Inc.*, 2013 QCCQ 8349 (CanLII).

pénalité, l'importance pour le créancier de prévenir et de sanctionner la violation de l'obligation contractuelle visée par la clause pénale³⁷.

La présence de motifs liés à la conduite des parties, et plus spécifiquement à leur bonne ou mauvaise foi, suggère que l'article 1623 C.c.Q. est également conçu comme un mécanisme permettant de sanctionner des comportements répréhensibles. Ainsi le montant de la pénalité pourra être ajusté, ou au contraire justifié, notamment en fonction de la violation contractuelle en cause, y compris son importance et son caractère répétitif ou délibéré, et du comportement du créancier³⁸. Enfin, on constate que cette disposition peut aussi être vue comme une mesure de protection des personnes vulnérables, comme en témoigne la considération apportée à des éléments comme les revenus du débiteur³⁹.

Finalement, l'article 1623 C.c.Q. semble également entretenir des rapports intrigants avec le principe de la liberté contractuelle. En effet, contrairement aux recommandations des professeurs Jobin et Vézina de procéder à l'évaluation des clauses pénales sans égard à la question du consentement des parties, cet élément est fréquemment cité par les juges au soutien de leur décision. D'après l'interprétation qu'en font les juges québécois, l'article 1623 C.c.Q. apparaît ainsi comme une disposition multiforme, pouvant emprunter tantôt à la lésion (objective et subjective), tantôt à la bonne foi ou à l'imprévision, et posant peu de limites au pouvoir d'appréciation des tribunaux.

³⁷ Voir par exemple *Slush Puppie Trois-Rivières, division de Slush Puppie Canada Inc. c. 9174-9036 Québec Inc. (Dépanneur Lave-auto Shawinigan-Sud)*, 2011 QCCQ 4529, n° AZ-50752520, p. 12 (CanLII) : « Le Tribunal est d'opinion que c'est avec raison que la demanderesse sanctionne sévèrement les contraventions à la clause d'approvisionnement exclusif de ses clients comme la défenderesse car il y va de la rentabilité de son entreprise. C'est une clause dissuasive et non abusive. »

³⁸ Voir *supra*, note 31 ; *Boucher (Élevage Les P'tites bêtes) c. Boulerice*, 2015 QCCQ 450, n° AZ-51145905, par. 57 (CanLII) : « [L]es demandeurs sont loin d'être sans reproches et [...] ils sont mal placés pour exiger l'application intégrale de la clause pénale. » ; *AlSCO Canada Corporation c. 3905250 Canada Inc.*, 2012 QCCQ 59, par. 50 (CanLII) : « La demanderesse réclame le bénéfice du paragraphe b) de la clause pénale alors qu'elle n'a pas rempli ses propres obligations. [...] Selon la soussignée, l'idée d'appliquer aveuglément la clause pénale, dans les circonstances du présent dossier, est inacceptable. »

³⁹ *Supra*, note 32.

III. Entre cohérence et équité : quel avenir pour l'article 1623 C.c.Q. ?

Les résultats présentés ci-haut indiquent non seulement que les juges québécois n'hésitent pas à intervenir pour réduire le montant prévu par des clauses pénales, mais qu'ils le font en se fondant sur une grande variété de motifs qui révèle une conception très large de l'étendue du pouvoir d'appréciation qui leur a été confié⁴⁰. En fait, ils semblent même avoir fait peu de cas des recommandations de la doctrine les invitant à limiter leurs interventions aux cas où la peine excède largement le préjudice subi⁴¹ ou qui impliquent des clauses choquantes et excessivement lourdes⁴². Dans ce contexte, il semble difficile, à l'heure actuelle, de tracer des lignes directrices qui permettraient à des contractants d'évaluer la validité de clauses pénales particulières.

Ce manque de cohérence de la jurisprudence soulève la question de savoir comment rendre compte de la coexistence de plusieurs approches concurrentes dans l'application d'une même disposition. Deux hypothèses principales peuvent être émises à cet égard. La première, qui découle d'une approche formaliste en matière de raisonnement juridique, suppose que le juge applique, au moyen d'un syllogisme, ce qu'il conçoit comme le droit aux faits qui lui sont soumis. Suivant cette approche, le juge est vu comme déterminant à l'avance le contenu de la règle qu'il doit appliquer – soit en l'occurrence le type d'analyse à employer –, celle-ci ne dépendant en aucune façon des faits qui lui sont soumis. La motivation judiciaire sert alors essentiellement à exposer le raisonnement suivi par le juge dans son application du droit aux faits. Dans cette perspective, la coexistence de visions différentes quant au type d'analyse à employer signale essentiellement le manque de clarté de la règle et l'absence d'un consensus judiciaire relativement à son interprétation. Le manque de cohérence du corpus signifierait ainsi le fait que la jurisprudence relative à l'article 1623 C.c.Q. n'a pas encore atteint un stade de développement suffisant pour imposer

⁴⁰ À cet égard, notons que la marge d'appréciation du juge de première instance est d'autant plus large que, selon la Cour d'appel, l'évaluation du caractère abusif d'une clause est une question de fait, la décision de première instance ne pouvant donc être écartée qu'en cas d'erreur manifeste et déterminante (*Vitrierie A. & E. Fortin Inc. c. Armtec Inc.*, (1998) CanLII 12539, J.E. 99-6 (QC C.A.)).

⁴¹ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 4, n° 154, p. 252.

⁴² *Id.*, n° 153, p. 251.

une approche uniforme et assurer l'application constante d'une série de critères bien établis, au détriment éventuel, cependant, de l'atteinte d'un résultat juste dans chaque cas particulier. Une telle hypothèse pourrait également contribuer à expliquer les tendances observées relativement au sort réservé aux clauses pénales dans certains types de contrats ou pour certains types de violations. Les taux de succès observés pourraient, selon cette approche, être vus comme l'expression de la présence ou de l'absence d'une tendance jurisprudentielle en voie de développement relativement aux types de cas concernés. Le cas échéant, il faudrait se demander dans quelle mesure nous assisterons dans l'avenir au développement parallèle de plusieurs courants jurisprudentiels plus ou moins compatibles, supposant l'imposition de standards de validité différents aux clauses pénales suivant les contextes, ou plutôt à l'alignement de la jurisprudence dans une seule et unique direction.

La deuxième hypothèse consiste à voir dans l'état actuel de la jurisprudence une conséquence naturelle des liens entre l'article 1623 C.c.Q. et les notions de justice et d'équité contractuelles. Chaque cas appelant un résultat tenant compte de ses caractéristiques particulières, il serait normal de voir les juges exercer la pleine mesure de leur discrétion en choisissant des critères d'évaluation variables, selon les faits et circonstances spécifiques à chaque affaire. Si cette approche peut être vue comme la mieux à même de garantir des résultats justes dans les cas soumis aux tribunaux, elle n'est cependant pas sans présenter des inconvénients au plan de la prévisibilité. En privant les contractants de règles claires leur permettant d'évaluer à l'avance le sort qui serait réservé aux clauses pénales qui figurent dans leur contrat dans le cadre d'un éventuel procès, elle met l'accent sur le caractère curatif du droit, au détriment de son aspect préventif. Si elle assure ainsi une meilleure équité, celle-ci bénéficie essentiellement à une infime minorité des débiteurs – ceux qui font appel aux tribunaux –, sans pour autant fournir de guide permettant aux autres intervenants d'orienter leur comportement en conséquence et de prévenir les litiges. Voilà un bien étrange paradoxe, quand on songe que l'article 1623 C.c.Q. visait au départ à mettre fin aux pratiques abusives des créanciers ayant recours à des clauses pénales.

Seul l'avenir pourra nous dire si la jurisprudence québécoise choisira de limiter son pouvoir d'appréciation en vue d'assurer sa propre cohérence, ou favorisera plutôt la recherche de l'équité au cas par cas. En attendant, les débiteurs aux prises avec des clauses pénales désavantageuses

auraient tout avantage, en cas de litiges, à soulever la question de leur caractère abusif devant le tribunal⁴³, et à faire preuve de créativité au moment d'élaborer leurs arguments sur cette question.

⁴³ Rappelons, en effet, qu'une proportion notable de décisions portant sur l'article 1623 C.c.Q. ont conclu au maintien de la pénalité prévue en raison de l'omission du débiteur de soulever la question de son caractère abusif : *infra*, p. 27.