

LES CLAUSES ABUSIVES

Pierre-Gabriel Jobin*
 Montréal

Depuis la réforme du Code civil, deux nouvelles règles permettent aux tribunaux soit de réduire une pénalité abusive soit, dans un contrat d'adhésion ou de consommation, d'annuler ou de réduire une autre clause jugée abusive.

L'auteur fait un tour d'horizon de la jurisprudence et de la doctrine abondantes sur le sujet. Il analyse les conditions d'application respectives de ces règles et discute de certains critères pour décider si une clause est abusive. Il conteste le rattachement des règles sur les clauses abusives à des concepts connus tels que la lésion, l'imprévision et l'abus de droit. L'auteur conclut que ces nouvelles règles sont autonomes et relèvent de l'équité judiciaire.

Since the reform of the Civil Code, the courts are entitled, under two new rules, either to reduce an abusive penalty or, in a contract of adhesion or a consumer contract, to strike down or reduce a clause found to be abusive.

The author reviews the abundant case law and doctrine on the matter. He presents an analysis of the respective conditions of application of these rules and discusses certain criteria for determining if a clause is abusive. He challenges the connection which is made sometimes between the rules on abusive clauses and well known concepts such as lesion, imprévision and abuse of rights. The author reaches the conclusion that those new rules are independant in their nature and belong to judicial equity.

A.	La nature des règles sur les clauses abusives	505
B.	La règle générale sur la clause abusive	510
	1. Pouvoirs judiciaires et domaine d'application	510
	2. Critères	512
	3. Exemple ou présomption	515
C.	La règle générale sur la clause pénale abusive	516
	1. Pouvoir judiciaire et domaine d'application	516
	2. Critères	519

* Pierre-Gabriel Jobin, Professeur à l'Université McGill, Montréal, Québec. Cet article résulte d'une conférence prononcée lors du congrès annuel du Barreau du Québec en mai 1996. L'auteur remercie le Service de la formation permanente du Barreau du Québec pour son aimable autorisation de publication.

Les clauses abusives représentent l'un des plus grands défis de la profession juridique depuis la réforme du Code civil, en droit des obligations. Pourtant, ce n'est pas la première fois que les juristes québécois sont placés devant des mesures législatives cherchant à réprimer des pratiques contractuelles abusives, ni même des dispositions portant précisément sur des clauses abusives : on se rappellera que, en matière de louage de logement, une règle du Code civil du Bas-Canada permettait au tribunal d'annuler ou réduire une clause déraisonnable et une autre lui permettait de ramener une pénalité au niveau du préjudice réel subi par le locateur — dispositions qui ont été reprises dans le nouveau code¹. Sans compter les nombreuses règles interdisant des clauses spécifiques, dans la *Loi sur la protection du consommateur*².

Le Code civil du Québec compte un certain nombre de dispositions qui entrent dans la catégorie des mesures législatives contre les clauses abusives. On songe en particulier aux règles sur la clause exonératoire de responsabilité, la clause externe, la clause illisible ou incompréhensible, la clause restrictive de concurrence, la clause de renonciation à une indemnité pour un congédiement abusif ou sans délai de congé suffisant et celle qui accorde à une partie une situation privilégiée pour désigner les arbitres³. Mais, incontestablement, les deux dispositions qui présentent le plus de difficultés, à leur face même et dans la jurisprudence, sont l'article 1437 sur la clause abusive et l'article 1623 sur la clause pénale abusive.

Lors de la réforme du Code civil, la disposition générale sur la clause abusive souleva beaucoup d'émoi. L'Office de révision du Code civil avait recommandé une disposition rédigée en termes larges, applicable à tout contrat, sans critère particulier⁴. Devant les appréhensions manifestées à son endroit, le gouvernement proposa un texte plus restreint dans l'Avant-projet de loi sur les obligations⁵. Malgré les critiques exprimées⁶, le texte demeurera sensiblement

¹ Art. 1664.10, 1664.11 C.c.B.-C.; art. 1901 C.c.Q.

² L.R.Q. c. P-40.1, art. 10-13, 19, 22.1, 44, 261 par ex.

³ Art. 1435, 1436, 1474, 1733 [vente], 1900 [louage résidentiel], 2084 [contrat de manutention de biens], 2089 [clause restrictive de concurrence dans un contrat de travail], 2092 [clause de renonciation à une indemnité dans le contrat de travail], 2641 C.c.Q. [convention d'arbitrage].

⁴ Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur Officiel, 1978, livre V [ci-après *Projet de Code civil*, ou *P.C.c.*], art. 76 : «La clause abusive d'un contrat est annulable ou réductible.»

⁵ Québec, Assemblée nationale, *Avant-projet de loi portant réforme du droit des obligations*, 1987 [ci-après *Avant-projet de loi*], art. 1484 :

« La clause abusive d'un contrat d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en naît, réductible.

Est abusive toute clause qui, dans l'exécution du contrat, désavantage l'une des parties d'une manière excessive et déraisonnable ou la prive de ses attentes légitimes, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est présumée l'être celle qui est si éloignée des obligations essentielles qui découlent normalement de la nature du contrat ou de sa réglementation légale qu'elle dénature celui-ci. »

⁶ R. Nadeau, «Le point de vue du Barreau du Québec» (1989) 30 C. de D. 647 aux pp. 652-653. Également J. Baulne et D. Codère, «Pour une révision de l'Avant-projet dans une perspective de déjudiciarisation» (1989) 30 C. de D. 843 aux pp. 849-851.

le même dans le *Projet de loi 125* sur le Code civil du Québec⁷, qui lui aussi souleva une certaine controverse⁸, et dans la version finale, légèrement remaniée, qu'on trouve dans le Code civil⁹. Le texte qui fut adopté a malgré tout une portée non négligeable, potentiellement très considérable.

Les articles 1437 et 1623 du Code civil sont un terrain semé d'embûches. Les termes de ces deux dispositions sont si larges qu'il y a risque de dérapage : toute stipulation d'un contrat devient suspecte et pourrait peut-être être révisée par les tribunaux — l'avalanche de décisions rendues depuis janvier 1994 en témoigne. À l'opposé, ce genre d'intervention législative est si nouveau, ou paraît l'être, qu'il y a risque de rejet par les tribunaux — un phénomène dont on a été témoin à propos des articles 1040a et suivants du Code civil du Bas-Canada¹⁰, spécialement de l'article 1040c¹¹. C'est donc les dispositions des articles 1437 et 1623, sur la clause abusive en général et la clause pénale abusive, qui retiendront l'attention ici.

Comment interpréter et appliquer ces dispositions? Mais, avant de s'attarder à chacune de ces règles, il faut en cerner brièvement la nature. Car une tentation nous guette devant l'inconnu : c'est celle de rattacher la notion de clause abusive à un concept ou des règles connus, telle la lésion.

A. *La nature des règles sur les clauses abusives*

Il serait rassurant, et commode, de pouvoir rattacher les nouvelles dispositions sur les clause abusives à un concept connu, voire à une règle du Code civil du

⁷ P.L. 125, *Code civil du Québec*, 1^{ère} sess., 34^e lég., Québec, 1990 [ci-après *Projet de loi 125*], art. 1433 :

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

Est abusive toute clause qui, dans l'exécution du contrat, désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est présumée l'être celle qui est si éloignée des obligations essentielles qui découlent normalement de la nature du contrat ou de sa réglementation qu'elle dénature celui-ci.»

⁸ Par ex. *Mémoire du Barreau sur la théorie générale des obligations dans le projet de loi 125*, Barreau du Québec, Montréal, 1991 aux pp. 2, 3, 15-16; *Mémoire de la Chambre des notaires sur les obligations en général dans le projet de loi 125*, Chambre des notaires du Québec, Montréal, 1991 à la p. 17.

⁹ Art. 1437 C.c.Q. :

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

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

¹⁰ Voir *Nadeau c. Nadeau*, [1977] C.A. 248, qui a mis fin à une importante controverse sur l'interprétation de ces articles.

¹¹ *Roynat ltée c. Restaurants la Nouvelle-Orléans Inc.*, [1978] 1 R.C.S. 969, confirmant [1976] C.A. 577. G. Massol, *La lésion entre majeurs en droit québécois*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1989 à la p. 109 et s.

Bas-Canada. Cela faciliterait sans doute leur interprétation. Cela permettrait aussi de les situer par rapport à d'autres dispositions de l'ancien ou du nouveau code.

Pourtant, cela n'est guère possible. En effet, des distinctions doivent être faites entre la clause abusive et la lésion, l'imprévision ainsi que l'abus de droit.

Il a été suggéré que la disposition permettant d'annuler ou réduire une clause abusive, dans un contrat d'adhésion ou de consommation, constituait une application particulière de la lésion, ou encore une règle dérivée de la lésion¹². Les tribunaux ont déjà été saisis de cette question, souvent de façon implicite, et sont divisés. Cette optique, à première vue, présente un certain attrait.

Si la règle sur la clause abusive constituait une mesure permettant de réviser les contrats pour lésion, l'une des conséquences les plus remarquables consisterait à permettre à une partie de contester, sur cette base, la clause dans laquelle le prix lui-même du contrat est stipulé. En effet, la stipulation du prix est bel et bien «une clause»; un prix exorbitant peut fort bien être considéré comme désavantageant le débiteur «d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de la bonne foi»¹³. Ainsi, il serait possible de réviser les contrats d'adhésion ou de consommation pour lésion entre majeurs, malgré le principe contraire exprimé à l'article 1405¹⁴.

Or il ne saurait en être ainsi, à notre avis. Trois points doivent être soulignés.

D'abord, on ne peut pas interpréter aussi largement l'article 1437. À l'article 1405, le législateur, après un long débat au cours de la réforme¹⁵, a posé, en termes on ne peut plus clairs et forts, le principe que la lésion ne constitue un motif de révision des contrats, «outre les cas *expressément prévus par la loi*, [...] qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés» [nos italiques]. Certains peuvent regretter cette position conservatrice du législateur, mais personne ne peut interpréter le Code civil comme si elle n'existait pas. Or, incontestablement, le Code forme un tout et doit être interprété de façon cohérente.

Mais, si une partie pouvait faire réduire le prix, voire annuler le contrat¹⁶, en s'appuyant sur l'article 1437, elle parviendrait à faire indirectement ce qu'il

¹² M. Tancelin, *Sources des obligations. L'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, notamment au n° 154.9; A. Popovici, «Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion» dans Faculté de droit, Université McGill, *Conférence Meredith 1992 : Le franchisage*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1993, 137 à la p. 151.

¹³ Art. 1437, al. 2 C.c.Q.

¹⁴ La règle n'aurait de portée réelle ou significative qu'à l'égard des contrats d'adhésion, puisque l'art. 8 *L.p.c.* permet déjà, en des termes différents, la révision du contrat de consommation pour lésion.

¹⁵ Voir P.-G. Jobin, «La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec : un rendez-vous tumultueux» dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, à paraître aux Éditions Yvon Blais.

¹⁶ Voir art. 1438 C.c.Q. sur l'annulation du contrat tout entier, parfois, lorsqu'une clause est annulée.

est interdit de faire par l'article 1405; en agissant ainsi, le tribunal contournerait cet article 1405, qui délimite avec précision le domaine de la lésion.

Une décision d'ailleurs a bien vu le problème sous cet angle¹⁷. Toutefois, d'autres décisions ont, à tort, soumis le prix du contrat au test de la clause abusive¹⁸.

À cet argument s'ajoute la règle d'interprétation dite «de l'effet utile». Le législateur ne parle pas pour ne rien dire; chaque disposition de la loi doit être interprétée de manière à produire un effet juridique réel. Si l'on permettait de réduire le prix lésionnaire d'un contrat au motif qu'il y a clause abusive, on en viendrait à nier tout effet à l'expression «outre les cas expressément prévus par la loi» de l'article 1405.

Et il y a plus. Par sa nature, la lésion a pour objet l'équilibre des valeurs échangées, telles que prévues dans la convention des parties. Dans un sens large — ou selon la conception dite subjective — la lésion permet de prendre en compte la situation patrimoniale de la personne protégée, les avantages qu'elle retire du contrat et l'ensemble des circonstances¹⁹. Dans un sens comme dans l'autre, la lésion est une appréciation du contrat au moment de sa *formation*.

Certes, comme l'ont souligné quelques auteurs²⁰, lésion et clause abusive sont apparentées. Il s'agit de mesures d'équité, au sens large, visant à faire régner plus de justice dans les contrats, lutter contre l'exploitation du faible par le fort²¹. Mais il faut éviter de confondre les genres. La lésion appartient chez nous à la théorie des vices de consentement, comme l'atteste sa place dans le Code civil du Québec²². Il est aussi possible de la rattacher à la cause des contrats, une convention dans laquelle une partie paie un prix exorbitant pouvant être conçue comme un contrat dans lequel la cause est déficiente²³.

Quoiqu'il en soit, la lésion résulte toujours d'un *déséquilibre dans l'ensemble du contrat*²⁴. Au contraire, la clause abusive est une stipulation particulière,

¹⁷ *Yoskovitch c. Tabor*, J.E. 95-573 (C.S.), décision qui distingue la règle sur la clause abusive non seulement de la lésion, mais aussi de l'erreur.

¹⁸ *Crédit TransCanada ltée c. Prévost*, [1995] R.J.Q. 977 (C.Q.); *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*, [1994] R.J.Q. 1650 à la p. 1663 (C.S.). Voir aussi *Le c. Le*, [1994] R.J.Q. 1058 (C.S.).

¹⁹ Art. 1406, al. 2 C.c.Q.

²⁰ Baudouin, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1993 au n^o 232. N. Croteau, *Le contrat d'adhésion : De son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1996 aux pp. 104-109.

²¹ J. Pineau, «Théorie des obligations» dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy (Québec), P.U.L., 1993, 9 au n^o 85.

²² Art. 1399 C.c.Q. : «Le consentement doit être libre et éclairé.

Il peut être vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion.»

²³ Voir J. Ghestin, dir., *Traité de droit civil, La formation du contrat* par J. Ghestin, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993 [ci-après *La formation du contrat*] au n^o 788 et autorités citées.

²⁴ *Ou encore d'un préjudice causé à la personne protégée et résultant de l'ensemble du contrat* : voir art. 1406, al. 2 C.c.Q.

jugée léonine²⁵ — ce qui fait dire à certains auteurs que seule une clause purement secondaire ou accessoire peut être attaquée comme clause abusive²⁶, une conception qui nous paraît trop restrictive. Le prix, quant à lui, est un élément fondamental de l'équilibre du contrat, qui sert à déterminer s'il y a lésion dans les cas permis par la loi.

Telle qu'elle est bâtie, la règle de l'article 1437 est donc susceptible de porter sur divers éléments d'une convention, mais pas sur son prix, élément fondamental²⁷. Comme il a été dit, notre droit en principe n'admet pas la lésion entre majeurs.

En deuxième lieu, la clause abusive se distingue non seulement de la lésion mais aussi de l'imprévision. Celle-ci permet de réviser ou de résilier le contrat quand survient, en cours de son exécution, un déséquilibre majeur entre les prestations respectives, par suite de circonstances qui étaient imprévisibles lors de sa formation. L'imprévision n'est pas admise comme motif de révision du contrat en droit québécois²⁸. On voit que l'article 1437 sur la clause abusive, par sa nature, ne se rattache pas plus à l'imprévision qu'à la lésion. C'est en stipulant une clause de *hardship* que les parties peuvent écarter la règle sur l'imprévision.

De la même manière, les articles 1437 et 1623 se démarquent de dispositions spécifiques, dans la *Loi sur la protection du consommateur*²⁹ et dans le Code civil du Québec³⁰, permettaient au juge d'évaluer la situation en cours d'exécution du contrat, en fonction des circonstances prévalant au moment de son intervention plutôt que de celles qui pouvaient exister lors de la formation. Ces pouvoirs judiciaires jouent un rôle précis dans la mise en oeuvre des droits d'un créancier,

²⁵ Pour une distinction très nette entre la lésion et la clause abusive, voir L. Langevin et N. Vézina, «Les obligations» dans *Collection de droit : Obligations, contrats et prescription*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1995, 31 à la p. 55; J. Pineau, «Existence et limites de la discrétion judiciaire dans la formation et l'exécution du contrat» dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Développements récents en droit commercial (1996)*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1996, 1 [ci-après «Discrétion judiciaire»] aux pp. 13-14; B. Moore, «À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois» (1994) 28 R.J.T. 176 à la p. 222, spécialement à la note 224; Ghéstin, *La formation du contrat*, supra note 23 au n° 540; pour la distinction entre clause abusive et déficience dans la cause, voir *ibid* au n° 687.

²⁶ L. Perret, «Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle» (1980) 11 R.G.J.D. 537 à la p. 562; Moore, *ibid.* à la p.222.

²⁷ Moore, *ibid.* à la note 224.

²⁸ Sauf dans la donation avec charge (art. 1834 C.c.Q.), la théorie de l'imprévision n'est pas admise comme motif de révision des contrats en droit québécois : art. 1439, 1470 C.c.Q. Baudouin, *Les obligations*, supra note 21 au n° 425. Pour un plaidoyer en faveur de l'introduction de l'imprévision en droit québécois actuel, voir S. Martin, «Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit québécois» (1993) 34 C. de D. 599.

²⁹ Art. 107, 144 *L.p.c.* sur l'autorisation judiciaire de remettre le bien au commerçant ou de le garder, les modalités de paiement étant modifiées, dans les contrats de crédit avec clause de déchéance du terme et dans les ventes à tempérament.

³⁰ Art. 2778 C.c.Q. sur l'autorisation judiciaire de la prise en paiement en vertu d'une hypothèque.

dans un cadre bien déterminé (par exemple, dans la prise en paiement par le créancier hypothécaire).

Troisièmement, il faut distinguer clause abusive et abus de droit³¹ — ce que ne fait pas toujours la jurisprudence³². La théorie de l'abus de droit en matière contractuelle, maintenant codifiée³³, permet au tribunal de sanctionner la manière répréhensible dont une partie exerce un droit³⁴; il peut s'agir notamment de la résiliation d'un contrat de distribution commerciale en vertu d'une clause permettant de le résilier unilatéralement et sans fournir de motif, lorsque ce droit est exercé pour un motif illégitime, totalement étranger à l'esprit de cette clause³⁵. En soi, cette clause de résiliation peut n'avoir rien de répréhensible. La règle pour sanctionner les clauses abusives ne pourrait être invoquée que si, *en elle-même*, cette clause de résiliation désavantageait le détaillant de façon excessive et déraisonnable dans le contexte du contrat en cause.

Il faut l'admettre : les dispositions sur les clauses abusives forment une catégorie de règles distinctes et autonomes. Il s'agit de règles d'équité au sens particulier d'équité judiciaire, de règles de justice contractuelle confiée au pouvoir modérateur des tribunaux³⁶. Le juge se voit accorder par le législateur le pouvoir de réviser une stipulation du contrat parce qu'elle heurte son sens de la justice. Ce qui est visé, ce sont les pratiques véritablement choquantes, et non celles qui étonnent ou qui sont simplement regrettables — un peu comme les fautes lourdes par opposition aux fautes ordinaires³⁷. Le législateur délègue aux tribunaux le pouvoir de sanctionner les stipulations qui s'écartent manifestement des pratiques contractuelles généralement acceptées dans la société. Il s'agit là d'un élément clé pour l'interprétation et l'application des articles 1437 et 1623, comme on le verra.

³¹ *Boless c. Résidence Denis-Marcotte*, J.E. 95-1890 (C.S.); N. Vézina, «Réactions judiciaires à quelques nouveautés du droit des obligations» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit civil* (1995), Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1995, 71 aux pp. 95-96.

³² *Gaillardez c. Microtec Inc.*, J.E. 95-782 (C.Q.); *Petra ltée c. Ultramar Canada Inc.*, [1994] R.D.I. 572 (C.S.). Voir aussi *Le c. Le*, [1994] R.J.Q. 1058 (C.S.).

³³ Art. 6, 7, 1375 C.c.Q. *Banque de Montréal c. Bail ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554; *Banque nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122. Voir généralement P.-G. Jobin, «Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel» (1991) 32 C. de D. 153.

³⁴ La décision *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*, [1994] R.J.Q. 1650 (C.S.), pourrait être analysée sous l'angle de l'abus de droit, bien que la cour se soit fondée essentiellement sur la clause abusive; mais il y aurait alors conflit avec l'art. 1405 C.c.Q. qui interdit la révision du contrat pour lésion entre majeurs. Voir aussi Pineau, «Discrétion judiciaire», *supra* note 25 à la p. 15.

³⁵ Par ex. *Latreille Automobile ltée c. Volvo Canada Ltd.*, [1978] C.S. 191; *Michaud Automobiles Inc. c. Nissan Automobile Co.*, [1974] C.S. 561; *Noivo Automobiles Inc. c. Mazda Motors Canada Ltd.*, [1974] C.S. 385.

³⁶ J. Ghestin, dir., *Traité de droit civil, Les obligations : La responsabilité : effets* par G. Viney, Paris, L.G.D.J., 1988 [ci-après *La responsabilité : effets*] au n° 245; P. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil*, t. 6, *Les obligations*, 4^e éd., Paris, Cujas, 1993 au n° 611.

³⁷ Comparer art. 1474, al. 1 C.c.Q.

Certes, dans son appréciation, le juge peut et souvent doit tenir compte d'autres stipulations de la convention, comme on le verra; mais, essentiellement, il ne s'interroge pas sur l'équilibre entre les prestations au moment de la formation du contrat — le juste prix —, ni sur les répercussions de changements imprévisibles dans le contexte économique, ni sur l'esprit dans lequel le créancier a exercé ses droits, mais sur le caractère répréhensible, ou non, de telle ou telle clause particulière. Pouvoir exceptionnel jusqu'à maintenant, mais qui risque de s'étendre dans l'avenir si l'on se fie à l'histoire des 30 dernières années³⁸.

B. *La règle générale sur la clause abusive*

1. *Pouvoirs judiciaires et domaine d'application*

L'article 1437 est composé de trois parties. La première prévoit de quels pouvoirs dispose le tribunal en présence d'une clause abusive et il circonscrit le domaine d'application de la disposition. Le tribunal peut, à sa discrétion, soit annuler purement et simplement la stipulation, soit réduire l'obligation qui en découle. Le pouvoir de réduire la portée d'une clause abusive est utilisé rarement³⁹. Quand les circonstances s'y prêtent, cette sanction est pourtant préférable à l'annulation de la clause, car elle est moins draconienne; tout en faisant respecter la justice contractuelle, la réduction porte moins atteinte aux attentes des parties et à la stabilité des contrats.

Contrairement à d'autres règles d'équité⁴⁰, il n'est pas fait mention de la possibilité de modifier l'obligation, par exemple en prolongeant la période de paiement et réduisant le montant de chaque versement. Un oubli, car le juge devrait avoir la plus grande latitude possible.

C'est plutôt le domaine d'application de l'article 1437 qui retient l'attention. Seuls les contrats de consommation ou d'adhésion sont visés par cette règle⁴¹.

³⁸ Voir *supra* notes 1-2 sur l'introduction dans le Code civil de règles particulières de plus en plus nombreuses sanctionnant divers types de clause abusive.

³⁹ *Groupe pétrolier Nirom Inc. c. Compagnie d'assurance du Québec*, [1996] R.R.A. 176 (C.S.); *Micor Auto Inc. c. Aubert*, J.E. 95-1087 (C.Q.) : réduction de 7 889 \$ à 2 000\$ de l'indemnité due au locateur d'un véhicule à la suite du vol et de la perte totale de celui-ci, en tenant compte des loyers versés avant l'incident et de l'indemnité payée par l'assureur au locateur.

⁴⁰ Comparer art. 2332 C.c.Q., sur la lésion dans le prêt d'argent; art. 107, 144 *L.p.c.*, sur la vente à tempérament et les autres contrats à crédit en droit de la consommation.

⁴¹ Quand la clause de non-concurrence est stipulée, non pas dans un contrat de travail où elle est régie par l'art. 2089 C.c.Q., mais dans une vente de fonds de commerce, un contrat de société ou tout autre contrat, sa validité continuera d'être déterminée indépendamment de l'art. 1437, selon les critères développés par la jurisprudence, et il ne sera donc pas nécessaire d'établir qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion : voir *D. Paquette et fils remboursement litée c. Jolicœur*, J.E. 96-694 (C.A.); *Houle c. Tremblay*, J.E. 96-490 (C.A.); *Groupe SNC-Lavalin Inc. c. Leboeuf*, [1995] R.J.Q. 170 (C.S.); *Artistuc Inc. c. Audet et Boulet Inc.*, J.E. 94-1123 (C.S.).

Avant de pouvoir plaider le caractère abusif d'une stipulation, il faut donc démontrer au tribunal que le contrat concerné constitue un contrat d'adhésion ou un contrat de consommation, tels que définis par le Code civil⁴². De fait, cette première étape fut la pierre d'achoppement de certains demandeurs⁴³.

Cette importante restriction⁴⁴ a été retenue par le législateur sous la pression des groupes d'intérêt et de certaines corporations professionnelles, qui craignaient pour la stabilité des contrats⁴⁵. Ainsi, hors du droit de la consommation, les clauses les plus léonines demeurent tolérées par le législateur dans les contrats négociés de gré à gré; la justice a ses limites...

La façon d'atténuer cet obstacle consiste évidemment à interpréter largement les définitions légales concernées, spécialement celle du contrat d'adhésion à l'article 1379⁴⁶. On remarque que, contrairement à une certaine tendance de l'époque du Code civil du Bas-Canada⁴⁷, le législateur de 1991, dans la définition du contrat d'adhésion, n'a pas retenu la supériorité économique ou technique ni la position de monopole de la partie qui impose le contrat; ces facteurs ne sont donc pas pertinents sous l'empire du Code civil du Québec⁴⁸.

Il faut d'ailleurs se garder d'interpréter restrictivement certains critères légaux du contrat d'adhésion — notamment le caractère «essentiel» des clauses imposées⁴⁹ —, sinon peu de conventions seront qualifiées de contrats d'adhésion et l'objectif du législateur, d'accorder une certaine protection à ces contrats, ne

⁴² Voir art. 1379, 1384 C.c.Q.

⁴³ *Lévesque c. Groupe Investors*, J.E. 96-645 (C.Q.p.c.); *Boutique Jacob Inc. c. Place Bonaventure Inc.*, J.E. 95-1040 (C.S.); *Petra ltée c. Ultramar Canada Inc.*, [1994] R.D.I. 572 (C.S.). Voir aussi *Piques c. Poirier*, J.E. 94-1918 (C.Q.).

⁴⁴ La recommandation de l'Office de révision sur les clauses abusives ne comportait aucune restriction : art. 76, livre V, *P.C.c.*, *supra* note 4.

⁴⁵ Par ex. *Mémoire du Barreau sur la théorie des obligations dans le projet de loi 125*, *supra* note 8 aux pp. 1, 2, 9; *Mémoire de la Chambre des notaires sur les obligations en général dans le projet de loi 125*, *supra* note 8 à la p. 17.

⁴⁶ Art. 1379 C.c.Q. : «Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.

Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré.»

⁴⁷ J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1989 au n° 48.

⁴⁸ Croteau, *supra* note 20 aux pp. 91-92. *Contra* J.H. Gagnon, «Comment établir si un contrat commercial est 'd'adhésion' au sens de l'article 1379 du Code civil du Québec?» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit commercial (1995)*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1995, 1.

⁴⁹ L'expression «stipulations essentielles» ne devrait pas être entendue dans son sens strict (dans la vente par exemple, il s'agirait du prix et du transfert de propriété de l'objet), mais devrait être interprétée comme désignant les stipulations *déterminantes* — comme l'élément déterminant d'un vice de consentement —, voire les stipulations *importantes*, ce qui inclurait par exemple la garantie de qualité donnée par le vendeur. Dans ce sens Pineau, «Théorie des obligations», *supra* note 21 au n° 14; Moore, *supra* note 25 aux pp. 206-207.

sera pas atteint⁵⁰. Il est heureux que les tribunaux, dans l'ensemble, depuis 1994, continuent d'analyser *globalement* une convention pour déterminer si elle est d'adhésion ou de gré à gré⁵¹.

On notera que seule la disposition générale sur les clauses abusives est restreinte aux contrats d'adhésion ou de consommation. Paradoxalement, la restriction n'a pas été reprise par le législateur dans les règles particulières sur des stipulations abusives. Ceci est particulièrement vrai pour la disposition, examinée plus bas, sur la clause *pénale* abusive⁵² : pour qu'une pénalité soit réduite, il n'est aucunement nécessaire qu'elle soit incluse dans un contrat d'adhésion ou de consommation.

2. Critères

Toute stipulation étonnante, rare ou dérogoire ne sera pas nécessairement annulée ou révisée. Le législateur a posé des conditions pour contester une clause abusive. Certes, elles sont formulées dans des termes larges, ce qui soulève des problèmes que nous étudierons. Il n'en reste pas moins que, jusqu'à maintenant, un nombre considérable de clauses contestées ont été déclarées valides⁵³.

⁵⁰ Pour les difficultés d'interprétation soulevées par l'art. 1379 C.c.Q., voir Moore, *supra* note 25 aux pp. 206-208; Gagnon, *supra* note 48; Vézina, *supra* note 31 à la p. 78 et s.

⁵¹ Voir par ex. *Lemire c. Caisse populaire Desjardins de La Plaine*, J.E. 96-237 (C.S.); *Corp. financière Télétec c. Tremblay*, J.E. 96-238 (C.Q.); *Boless c. Résidence Denis-Marcotte*, J.E. 95-1890 (C.S.); *Alta ltée c. Corp. des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec*, J.E. 95-1567 (C.S.); *Blais c. I.T.T. Canada Finance Inc.*, J.E. 95-772 (C.S.); *Yoskovitch c. Tabor*, [1995] R.J.Q. 1397 (C.S.); *Pacific National Leasing Corp. c. Domaine de L'Éden (1990) Inc.*, J.E. 95-1447 (C.Q.); *Lachapelle c. Promotions C.G.S. Inc.*, J.E. 95-1356 (C.Q.); *Micor Auto Inc. c. Aubert*, J.E. 95-1087 (C.Q.); *Système Troc Inc. c. 133120 Canada Inc.*, [1995] R.J.Q. 1397 (C.Q.); *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*, [1994] R.J.Q. 1650 (C.S.); *Société générale Beaver Inc. c. Métaux ouvrés St-Philippe Inc.*, J.E. 94-1295 (C.S.); *Piques c. Poirier*, J.E. 94-1918 (C.Q.). Voir *contra* *Boutique Jacob Inc. c. Place Bonaventure Inc.*, J.E. 95-1040 (C.S.); *Location du cuivre ltée c. Construction Cardel Inc.*, J.E. 95-492 (C.Q.)

⁵² Art. 1623 C.c.Q. Voir, ci-dessous, la 3^e partie : La clause pénale abusive.

⁵³ *Corp. financière Télétec c. Tremblay*, J.E. 96-238 (C.Q.); *Gosselin c. 102150 Canada Inc.*, J.E. 96-730 (C.Q.p.c.); *Lévesque c. Groupe Investors*, J.E. 96-645 (C.Q.p.c.); *S.S.Q., société d'assurance-vie Inc. c. 2970-3691 Québec Inc.*, J.E. 95-1806 (C.S.); *Services financiers Commcorp Inc. c. Contant*, J.E. 95-308 (C.S.); *Crédit Trans-Canada ltée c. Prévost*, [1995] R.J.Q. 977 (C.Q.) : intérêt de 39,85% sur un prêt; *Mathieu c. Amex Canada Inc.*, J.E. 95-1812 (C.Q.); *Alta ltée c. Corp. des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec*, J.E. 95-1567 (C.Q.) : règles du Bureau des soumissions déposées du Québec, notamment celle de l'attributicn du contrat au plus bas soumissionnaire dans un appel d'offres; *Pacific National Leasing Corp. c. Domaine de l'Éden (1990) Inc.*, J.E. 95-1447 (C.Q.); *Location de voitures compacte (Québec) ltée c. Gagnon*, J.E. 95-968 (C.Q.) : obligation du locataire d'une automobile d'obtenir un rapport de police lors d'un accident; *Le c. Le* [1994] R.J.Q. 1058 (C.S.); *Bates c. Sun Life du Canada*, [1994] R.R.A. 282 (C.S.); *G.U.S. Canada Inc., division de Légaré c. Lefrançois*, J.E. 94-1793 (C.Q.). Voir aussi *Gaillardetz c. Microtec Inc.*, J.E. 95-782 (C.Q.); *Construction canadienne T.J. Québec Inc. c. Bertrand*, [1994] R.J.Q. 1101 (C.S.).

La seconde partie de l'article 1437 définit ce qu'il faut entendre par une clause abusive. D'après le législateur, il s'agit de « toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi ». À sa face même, ce texte semble poser deux critères cumulatifs : le caractère excessif et déraisonnable, d'un part, et la violation du principe de la bonne foi dans les contrats⁵⁴, d'autre part. S'agit-il bien de deux critères, ou n'y en a-t-il qu'un seul?

En feuilletant la jurisprudence, on constate que les tribunaux, souvent, se limitent à examiner si la stipulation incriminée est excessive et déraisonnable⁵⁵. Dans d'autres circonstances, il est vrai, les décisions réfèrent également au principe de la bonne foi, de façon générale et en paraphrasant les termes de l'article 1437⁵⁶. Mais on ne trouve pas de motif expliquant avec quelque précision comment la clause incriminée violerait le principe de la bonne foi. Pour la jurisprudence, jusqu'à maintenant, la violation de ce principe ne constituerait donc pas une condition distincte du désavantage excessif et déraisonnable.

La doctrine est divisée. D'après une auteure, l'existence d'un tel désavantage ne suffirait pas pour qu'une clause puisse être attaquée comme abusive : il faudrait que le désavantage soit tel qu'il la fasse basculer dans le manquement aux règles de la bonne foi⁵⁷. Cependant, dans le développement de cette idée, cette auteure glisse dans les critères généraux de la théorie de l'abus de droit contractuel.

Comme cette auteure, on ne peut que s'en tenir à des généralités pour analyser le rôle du principe de la bonne foi dans la règle sur la clause abusive. Une clause sera jugée abusive si, par le désavantage excessif et déraisonnable qu'elle accorde à une partie, elle va à l'encontre d'une conduite loyale et honnête, acceptable aux plans moral et social. En fin de compte, cette analogie avec l'abus de droit permet seulement de conclure à un immense pouvoir d'appréciation des tribunaux de ce qui constitue un désavantage excessif et déraisonnable, rien de plus⁵⁸.

En somme, la violation du principe de la bonne foi, d'après nous, ne constitue pas une condition distincte du désavantage excessif et déraisonnable. Elle est plutôt un facteur pour en apprécier la gravité. Une stipulation sera

⁵⁴ Voir art. 6, 7, 1375 C.c.Q.

⁵⁵ *Gosselin c. 102150 Canada Inc.*, J.E. 96-730 (C.Q.p.c.); *Lévesque c. Groupe Investors*, J.E. 96-645 (C.Q.p.c.); *Trudeau c. Entreprises Dorette Va/Go Inc.*, J.E. 95-1381 (C.Q.); *Micor Auto Inc. c. Aubert*, J.E. 95-1087 (C.Q.); *Location du cuivre ltée c. Construction Cardel Inc.*, J.E. 95-492 (C.Q.); *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*, [1994] R.J.Q. 1650 (C.S.).

⁵⁶ *Lachapelle c. Promotions C.G.S. Inc.*, J.E. 95-1356 (C.Q.); *Blais c. I.T.T. Canada Finance Inc.*, J.E. 95-772 (C.S.); *Crédit Trans-Canada ltée c. Prévost*, [1995] R.J.Q. 977 (C.Q.); *Le c. Le*, [1994] R.J.Q. 1058 (C.S.).

⁵⁷ Croteau, *supra* note 20 à la p. 125.

⁵⁸ *Ibid* à la p. 128.

annulée ou révisée quand le désavantage qu'elle crée est si gros qu'il heurte le sens élémentaire de la justice — tel qu'entendu par le juge. Comme l'écrit un autre auteur, «la bonne foi ne constitue pas un second critère à rencontrer pour qualifier une clause d'abusives, mais est plutôt une justification à la nullité de celle-ci ainsi qu'une réaffirmation du principe, omniprésent, de l'article 1375»⁵⁹.

Le caractère abusif est parfois apprécié en fonction de la clause attaquée, considérée en elle-même. Effectivement, il doit en être ainsi dans les cas appropriés où, quel que soit le contexte, la stipulation est inacceptable⁶⁰.

Dans d'autres situations, le caractère abusif doit être apprécié à la lumière des autres stipulations de la convention, le contrat formant un tout; si l'approche globale est valable pour interpréter une clause obscure⁶¹, elle doit l'être tout autant pour en déterminer le caractère abusif⁶².

Faisant un pas de plus, il faut à l'occasion considérer non seulement le contrat dans lequel est insérée la clause attaquée, mais aussi d'autres contrats ayant un lien avec lui et dont les répercussions peuvent rendre la clause abusive, ou au contraire rendre acceptable une clause qui serait abusive à première vue⁶³.

Enfin, le juge doit apprécier la clause au moment où elle devrait être mise en oeuvre. Car, ici comme ailleurs, les circonstances peuvent jouer un rôle important pour décider si une stipulation est abusive ou non, par exemple pour en mesurer toutes les conséquences sur la partie qui la subirait⁶⁴.

⁵⁹ Moore, *supra* note 25 à la p. 224. Voir aussi Pineau, «Discretion judiciaire», *supra* note 25 aux pp. 13-14, qui s'en tient au critère du caractère excessif et déraisonnable du désavantage, et qui écrit : «Le juge [...] doit se demander si, dans telle espèce, compte tenu de l'inégalité des forces en présence, le fort a imposé au faible une clause qui objectivement dépasse lourdement et de façon insensée la mesure : trop, c'est trop.»

⁶⁰ *Système Troc Inc. c. 133120 Canada Inc.*, [1995] R.J.Q. 1397 (C.Q.); *Slush Puppie Montréal Inc. c. 153226 Canada Inc.*, [1994] R.J.Q. 1703 (C.Q.) : dans un contrat de fourniture exclusive de produits alimentaires, renonciation du détaillant de contester la méthode et le résultat du contrôle, par le distributeur, des marchandises trouvées dans son établissement. Croteau, *supra* note 20 à la p. 128.

⁶¹ Art. 1427 C.c.Q.

⁶² *Groupe pétrolier Nirom Inc. c. Compagnie d'assurances du Québec*, [1996] R.R.A. 176 (C.S.); *Lévesque c. Groupe Investors*, J.E. 96-645 (C.Q.p.c.); *Blais c. I.T.T. Canada Finance Inc.*, J.E. 95-772 (C.S.) : dans un accord pourvoyant au versement d'une prime de rendement à un gérant, clause qui permet à l'employeur de décider du moment du versement de la prime et autre clause qui prive l'employé de tout droit à la prime méritée si son contrat se termine avant la date du paiement. Moore, *supra* note 25 à la p. 22. Voir aussi *Corp. financière Télétéc c. Tremblay*, J.E. 96-238 (C.Q.); *Location du cuivre Itée c. Construction Cardel Inc.* J.E. 95-492 (C.Q.).

⁶³ *Lemire c. Caisse populaire Desjardins de La Plaine*, J.E. 96-237 (C.S.); *Micor Auto Inc. c. Aubert*, J.E. 95-1087 (C.Q.), *supra* note 39 pour les faits.

⁶⁴ *Gosselin c. 102150 Canada Inc.*, J.E. 96-730 (C.Q.p.c.) : une clause exonératoire pour le retard d'un voyage aérien n'est pas abusive si le retard est dû à des mesures de sécurité prises pour des réparations par ailleurs imprévisibles. F. Héleine, «Le droit des obligations» dans *Le nouveau Code civil du Québec : Un bilan*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1995, 27 à la p. 38.

3. Exemple ou présomption

Dans sa troisième partie, l'article 1437 dispose que «est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci». Or la jurisprudence publiée jusqu'à maintenant ne nous offre guère d'exemple de ce genre d'approche⁶⁵. Ce n'est pas dire, cependant, qu'elle doive être négligée — bien au contraire, si l'on se rappelle les précédents qui ont inspiré le législateur dans cette dernière partie de cette disposition.

Cette idée n'est pas nouvelle. En effet, depuis longtemps, on trouve des cas où le droit québécois refuse tout effet à une stipulation visant en fait à priver une partie du bénéfice essentiel attendu du contrat. D'abord, dans certaines affaires les tribunaux ont déclaré inopérante une clause exonératoire lorsque, en l'espèce, elle aurait eu pour conséquence de priver le créancier de tout le bénéfice fondamental attendu du contrat. Ainsi en est-il d'une clause exonératoire de responsabilité du transporteur maritime dans la mesure où elle le libérerait de son obligation de fournir un navire en bon état de navigabilité⁶⁶, d'une clause, dans un contrat de fourniture d'électricité, qui aurait libéré le fournisseur d'une interruption volontaire de courant — car on ne peut prendre un engagement et s'en absoudre totalement, a dit la cour —⁶⁷, et encore, dans le louage, de la clause exonératoire quand elle a pour conséquence, dans les faits, de faire perdre totalement au locataire la jouissance du bien loué⁶⁸.

Dans la même ligne de pensée, on peut mentionner aussi l'illégalité d'une clause cherchant à dégager le vendeur de son fait personnel, dans la garantie du droit de propriété et la garantie de qualité⁶⁹. De même, dans l'obligation du locateur de procurer la jouissance paisible du bien au locataire, la clause exonératoire est inopérante devant le fait personnel du locateur⁷⁰. En langage moderne, on dirait que, selon le principe de la bonne foi, il est contraire à l'esprit d'un contrat de s'engager à procurer un bénéfice au cocontractant et en même

⁶⁵ Concernant une clause exonératoire jugée abusive, voir cependant, sans passer par ce raisonnement, *Lucas c. Amersipac Service d'inspection de maison*, J.E. 96-330 (C.Q.); *Gosselin c. 102150 Canada Inc.*, J.E. 96-730 (C.Q.p.c.); *Trudeau c. Entreprises Dorette Va/Go Inc.*, J.E. 95-1381 (C.Q.); *Système Troc Inc. c. 133120 Canada Inc.*, [1995] R.J.Q. 1397 (C.Q.); *Janin Construction (1983) ltée c. Régie d'assainissement des eaux du bassin de Laprairie*, J.E. 94-1559 (C.S.).

⁶⁶ *Western Assurance Co. c. Desgagné*, [1973] C.A. 299.

⁶⁷ *Southern Canada Power Co. c. Conserverie de Napierville ltée*, [1967] B.R. 907.

⁶⁸ *Équilease ltée c. Bouffard*, [1979] C.S. 191; autres autorités citées dans P.-G. Jobin, *Traité de droit civil : Le louage de choses*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1989 [ci-après *Le louage de choses*] au n° 268.

⁶⁹ Art. 1732 C.c.Q.; pour la garantie contre l'éviction dans le droit antérieur, art. 1509 C.c.B.-C. Voir aussi les autres restrictions de l'art. 1733 C.c.Q. à la clause exonératoire et à la clause de vente aux risques et périls de l'acheteur.

⁷⁰ *Masson c. Andrews*, [1944] R.L.N.S. 40 (C.A.); autres autorités citées dans Jobin, *Le louage de choses*, supra note 68 au n° 264.

temps de se réserver la possibilité, par son fait personnel, de ne pas procurer ce bénéfice. Concrètement, ce sont donc les clauses exonératoires de responsabilité qui sont le plus souvent la cible de ce genre de raisonnement.

Dans ses commentaires, le ministre de la Justice nous enseigne qu'il s'agit, dans cette toute dernière partie de la disposition, d'un exemple de clause abusive⁷¹. D'autres y voient une présomption, comme dans la version du Projet de loi⁷². On y retrouve l'idée, exprimée en toutes lettres dans l'*Avant-projet de loi*, des attentes légitimes de l'adhérent ou du consommateur⁷³.

Quoi qu'il en soit, il faut aborder cette dernière partie avec prudence; comme l'a montré un auteur, il ne faut surtout pas y voir un facteur obligatoire pour l'interprétation des parties précédentes de la disposition, car on risquerait autrement de réduire de façon dramatique la portée de cet article 1437⁷⁴.

* *

En conséquence, à notre avis, la référence à la bonne foi n'ajoute pas vraiment un second critère à la notion de clause abusive. La mention d'une clause qui déroge fondamentalement au contenu du contrat, non plus. On reste ainsi avec le seul critère de la clause qui désavantage une partie de façon excessive et déraisonnable. C'est dire toute la latitude dont jouissent les juges. On nage en pleine équité, comme dans l'ancien régime français!

Depuis le 1^{er} janvier 1994, les tribunaux ont été saisis d'une petite avalanche de demandes d'annuler une clause ou d'en réduire les effets. Mais, si vaste qu'il soit, leur pouvoir modérateur ne semble pas, jusqu'à maintenant, avoir détruit la stabilité des contrats. La preuve en est que les recueils de jurisprudence font état d'un nombre fort respectable de décisions où la clause attaquée a été jugée parfaitement valide.

C. La règle générale sur la clause pénale abusive

1. Pouvoir judiciaire et domaine d'application

La seconde mesure d'équité, introduite par la réforme du Code civil et qui aura des répercussions considérables sur le droit des contrats, est la règle sur les

⁷¹ Québec, *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Publications du Québec, 1993 [ci-après *Commentaires du ministre*] à l'art. 1437. L'explication est reprise par Pineau, «Théorie des obligations», *supra* note 21 au n° 85, et par Croteau, *supra* note 20 à la p. 130.

⁷² Moore, *supra* note 25 à la p. 225. Voir aussi *Projet de loi 125*, *supra* note 7, art. 1433.

⁷³ Voir *Avant-projet de loi*, *supra* note 5, art. 1484.

⁷⁴ Moore, *supra* note 25 à la p. 225 et s. Également Croteau, *supra* note 20 à la p. 130.

clauses pénales. Désormais, selon l'article 1623, le juge dispose du pouvoir de réduire toute pénalité considérée abusive. Déjà un pareil pouvoir et une restriction comparable avaient été imposées en matière de louage résidentiel⁷⁵.

Il faut saisir toute l'ampleur de la nouvelle disposition générale : aucune restriction ne balise ce pouvoir. Sans doute, il n'est pas prévu que le juge pourra annuler la pénalité⁷⁶ ni en modifier les modalités⁷⁷ ; mais, à tous autres égards, il a pleine liberté d'action. De plus, cette mesure sur la clause pénale n'est pas limitée aux contrats d'adhésion ou de consommation, comme on l'a signalé plus haut : elle s'applique à tout contrat⁷⁸. C'est donc à tort que quelques décisions⁷⁹, portant sur une clause pénale, se fondent sur l'article 1437, lequel, comme on le sait, s'applique seulement à l'égard des contrats d'adhésion ou de consommation.

On notera en passant que parfois le juge, pour décider qu'une clause pénale n'est pas abusive, invoque le fait qu'elle a été stipulée par des gens d'affaires possédant une grande expérience, qui ont exercé leur liberté contractuelle en pleine connaissance de cause ou qui ont bénéficié des services de conseillers⁸⁰. Voilà bien une réminiscence de l'ancien adage «qui dit contractuel dit juste»; c'est l'autonomie de la volonté à l'état pur. Il s'agit aussi d'un moyen détourné d'introduire dans le débat la perspective du contrat d'adhésion.

⁷⁵ Art. 1901 C.c.Q.; art. 1664.10 C.c.B.-C. En droit de la consommation, les pénalités sont restreintes par des normes objectives qui ne laissent guère de discrétion aux tribunaux : voir art. 13, 92 *L.p.c.*

⁷⁶ Une disposition particulière devant avoir préséance sur une disposition générale, on ne saurait permettre au débiteur, dans un contrat d'adhésion ou de consommation, de s'appuyer sur l'article 1437 — qui donne aussi le pouvoir d'annuler une clause abusive — pour réclamer du juge qu'il annule la pénalité, sous prétexte que le débiteur, dans un tel contrat, peut choisir entre la règle de l'article 1437 et celle de l'article 1623. D'ailleurs, si l'on se fie à l'expérience française et à la philosophie sous-jacente à notre article 1623, il serait absurde d'annuler une pénalité — comparer toutefois art. 1901 C.c.Q., une disposition très particulière qui, dans le louage d'un logement, conduit parfois à annuler une pénalité.

⁷⁷ Par exemple pour étendre le paiement de la pénalité sur une certaine période, comme il peut le faire pour le remboursement d'un prêt d'argent en matière de lésion (art. 2332 C.c.Q) ou, en droit de la consommation, en matière de clause de déchéance du bénéficiaire du terme (art. 107 *L.p.c.*).

⁷⁸ Pineau, «Discrétion judiciaire», *supra* note 25 à la p. 15. Voir par ex. *Immeubles des brasseries Molson ltée c. Kellandale Investments Inc.*, [1995] R.J.Q. 154 (C.S.); *151276 Canada Inc. c. Verville*, [1994] R.J.Q. 2950 (C.S.); *Piques c. Poirier*, J.E. 94-1918 (C.Q.).

⁷⁹ *Société générale Beaver Inc. c. Métaux ouvrés St-Philippe Inc.*, J.E. 94-1295 (C.S.); *St-Pierre c. Laprise*, J.E. 94-1040 (C.Q.) : intérêt de 18% sur les arriérés d'un compte d'honoraires; *Grenier-Lacroix c. Lafond*, J.E. 94-358 (C.Q.).

⁸⁰ *P.G. Productions Inc. c. Intégral Vidéos Inc.*, J.E. 96-656 (C.S.); *1400924 Canada Inc. c. Word Trade Centre Montreal Development Corp.*, J.E. 95-1532 (C.S.); *Hibbelm c. 2817161 Canada Inc.*, J.E. 95-1145 (C.S.). Pineau, «Discrétion judiciaire», *supra* note 25 à la p. 16. Voir aussi *Entreprises Alain Lévesque Inc. c. Nettoyeur magique ltée*, J.E. 96-438 (C.A.). Comparer *Le c. Le*, [1994] R.J.Q. 1058 (C.S.).

Soit dit avec égard, ce n'est pas ainsi qu'il convient d'interpréter l'article 1623. Car, rejetant cette ancienne conception de l'autonomie de la volonté, le législateur cherche à s'attaquer aux stipulations qui, en elles-mêmes et indépendamment de toute question de consentement, heurtent le sens élémentaire de la justice. Une législation de ce type «remet en cause [...] une conception libérale du contrat fondée sur l'égalité abstraite qui permettrait à chacune des parties de défendre elle-même ses propres intérêts, de telle sorte qu'un contrat [librement consenti] ne pourrait jamais être injuste ni abusif»⁸¹.

La disposition sur la clause abusive et celle sur la clause pénale abusive sont des règles d'équité, au sens strict. Dans ce sens, elles sont apparentées. Mais là s'arrête le lien nécessaire entre les deux, à notre avis⁸². Certes, le ministre de la Justice écrit qu'il existe un lien direct et immédiat entre les articles 1437 et 1623, sous réserve du domaine d'application de chacun⁸³. Mais, d'abord, on ne voit guère comment le second article pourrait rigoureusement être restreint par les critères du premier tant ils sont larges et généraux. De plus, les *Commentaires du ministre*, assez souvent utiles, ont néanmoins une autorité toute relative⁸⁴. Les clauses pénales ont leur problématique propre et il convient que les tribunaux puissent évoluer librement dans ce domaine.

Cette indépendance entre les articles 1437 et 1623, cependant, ne doit pas empêcher, dans les cas appropriés, d'apprécier le caractère abusif d'une pénalité en faisant appel aux critères de l'article 1437⁸⁵. Dans les deux règles, rappelons-le, le législateur s'en remet au pouvoir modérateur du juge pour réprimer les pratiques contractuelles répréhensibles.

De plus, comme il a été dit, une clause pénale abusive n'est pas une clause lésionnaire. La lésion et l'équité au sens strict ne doivent pas être confondues. Il serait donc inapproprié d'apprécier le caractère abusif d'une pénalité en se référant par exemple aux critères de la lésion énoncés à l'article 1406⁸⁶.

Comment donc décider si une pénalité est abusive? L'équité devrait-elle laisser au juge la plus entière liberté? Peut-on espérer au contraire que des courants jurisprudentiels s'établissent, apportant un tant soit peu de certitude dans ce domaine du droit?

⁸¹ J. Ghestin, dir., *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat : formation*, par J. Ghestin, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988 au n° 588.

⁸² *151276 Canada Inc. c. Verville*, [1994] R.J.Q. 2950 (C.S.). *Contra* Pineau, «Discrétion judiciaire», *supra* note 25 à la p. 15.

⁸³ *Commentaires du ministre*, *supra* note 71 à l'art. 1623.

⁸⁴ Voir *Verdun (Ville de) c. Doré*, [1995] R.J.Q. 1321 (C.A.). C. Masse, «Le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation du nouveau Code civil du Québec» dans *Le nouveau Code civil. Interprétation et application. Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 149 à la p. 159.

⁸⁵ *Immeubles des brasseries Molson ltée c. Kellandale Investments Inc.*, [1995] R.J.Q. 154 (C.S.).

⁸⁶ *Comparer 116704 Canada Inc. c. 113500 Canada Inc.*, [1990] R.D.I. 12 (C.A.).

Le législateur français a devancé le nôtre sur ce sujet : en 1975, il modifiait le Code civil français pour attribuer aux tribunaux le pouvoir de réduire une pénalité «manifestement excessive»⁸⁷. Les tribunaux de France ne purent échapper à un flot de demandes; vingt ans plus tard, jurisprudence et doctrine offrent un tableau assez précis du droit sur cette question⁸⁸. Une expérience riche d'enseignement, qui permettrait aux juristes du Québec d'éviter bien des tâtonnements dont on est témoin présentement.

2. Critères

Le point le plus instructif du droit français est la distinction établie entre pénalités «compensatoire» et «comminatoire». Les peines stipulées peuvent en effet avoir deux fonctions. La pénalité compensatoire détermine, par convention et d'avance, l'indemnité pour le préjudice que pourrait causer une éventuelle violation du contrat. Par contraste, la pénalité comminatoire impose au débiteur, d'avance et par convention, le paiement d'une somme dépassant largement le préjudice réel en cas de défaut. La première vise à liquider les dommages; la seconde se veut un moyen de dissuasion.

La distinction peut être délicate dans les cas limites. Mais il est des situations où on reconnaît sans difficulté une pénalité compensatoire⁸⁹. Ailleurs, la pénalité dépasse tellement le préjudice réel qu'elle équivaut à une amende privée⁹⁰.

À priori, et l'article du Code civil français et celui de notre code pourraient viser les deux types de clause pénale. Or la jurisprudence française, en pratique,

⁸⁷ Art. 1152, 1231 C.N. Ces dispositions permettent également au tribunal d'augmenter une pénalité «manifestement dérisoire» et elles donnent au juge le pouvoir d'intervenir d'office. Comme il s'agit d'ordre public de protection, il est douteux que les juges québécois, vu l'absence d'une disposition expresse, pourraient intervenir d'office pour réduire une pénalité abusive.

⁸⁸ Voir généralement Cass. com., 16 juillet 1991, D. 1992.Jur.365 (note D. Mazeaud); Paris, 20 septembre 1991, J.C.P. 1992.II.21866 (note A Sinay-Cytermann); G. Paisant, «Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale» (1985) R.T.D.C. 647; Viney, *La responsabilité : effets, supra* note 36 au no 244 et s. Le droit français vient cependant de faire un autre pas en avant avec l'adoption de la Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, art. L. 132-1 c. consomm. permettant, dans un contrat de consommation, d'annuler une clause pénale jugée excessive : G. Paisant, «Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995», D.1995.Chron.223.

⁸⁹ *St-Pierre c. Laprise*, J.E. 94-1040 (C.Q.); *Grenier-Lacroix c. Lafond*, J.E. 94-358 (C.Q.).

⁹⁰ *Immeubles des brasseries Molson ltée c. Kellandale Investments Inc.*, [1995] R.J.Q. 154 (C.S.); *Portes Overhead Door de Montréal (1965) ltée c. Construction Broccolini Inc.*, J.E. 95-684 (C.Q.); *1400924 Canada Inc. c. World Trade Centre Montreal Development Corp.*, J.E. 95-1532 (C.S.).

ne touche pas aux pénalités compensatoires; elle limite ses interventions aux pénalités comminatoires. Au Québec, on ne relève pas encore le souci de distinguer les pénalités compensatoires des pénalités comminatoires. Aussi n'est-il pas étonnant que certaines décisions se soient appliquées à réduire de simples pénalités compensatoires⁹¹. Il y a là un certain activisme judiciaire qui ne paraît pas approprié.

Ce pouvoir de révision en est un d'équité; sa vocation, comme on l'a vu, est de sanctionner les stipulations choquantes et qui s'écartent clairement des pratiques généralement acceptées. En conséquence, ce pouvoir ne devrait être utilisé qu'à l'égard de pénalités excessivement lourdes, dont les répercussions évoquent l'oppression du débiteur. Et s'il fallait passer à la loupe et ajuster toutes les pénalités compensatoires, les tribunaux seraient vite engorgés. Les juges québécois, comme leurs collègues français, devraient donc, à notre avis, s'abstenir d'intervenir à l'égard de clauses pénales compensatoires⁹².

En second lieu, lorsque les tribunaux français examinent une pénalité comminatoire, ils agissent avec réserve. Pour qu'ils réduisent une pénalité comminatoire, ils doivent y trouver un écart *considérable* entre cette pénalité et le préjudice réel. Une preuve générale du préjudice doit donc être faite. L'appréciation de l'écart se fait de façon objective. Et encore, lorsque la pénalité est réduite, les tribunaux français la maintiennent à un montant clairement supérieur au préjudice réel.

Aux politiques qui les retiennent de modifier des pénalités compensatoires s'ajoutent sur ce point des considérations non moins importantes. En effet, réduire la peine comminatoire au *quantum* des dommages-intérêts produirait un effet pervers : le débiteur serait alors incité indirectement à retarder l'exécution de son obligation, voire à ne pas l'exécuter du tout, quand son coût d'exécution est supérieur au *quantum* des dommages-intérêts.

Ainsi l'intervention judiciaire dans le contrat est limitée aux cas d'injustice grave. Dans ces conditions, les défenseurs de la liberté contractuelle à tout prix peuvent difficilement prétendre que la stabilité des contrats est sacrifiée. Cette attitude des tribunaux français permet, à la fois, de faire respecter une justice minimale dans l'exécution des contrats et de préserver le but de la pénalité, qui a été voulue par les parties comme un moyen de contrainte sur le débiteur⁹³.

⁹¹ *St-Pierre c. Laprise*, J.E. 94-1040 (C.Q.). Également, *Grenier-Lacroix c. Lafond*, J.E. 94-358 (C.Q.). Héleine, *supra* note 64 et jurisprudence citée. Voir aussi *P.G. Productions Inc. c. Intégral Vidéos Inc.*, J.E. 96-656 (C.S.) : réduction de pénalité compensatoire au motif que le plein montant réclamé n'était pas une suite directe de la faute.

⁹² Vézina, *supra* note 31 aux pp. 100-101.

⁹³ J. Thilmany, «Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé» (1980) R.I.D.C. 17 aux pp. 30-33.

Évidemment, les juges québécois n'ont pas encore eu le temps de développer toutes ces nuances. Mais on peut doré et déjà faire quelques observations sur notre jurisprudence.

Il ne suffit pas à un plaideur de crier à l'abus pour convaincre le tribunal de réduire une pénalité : de fait, on trouve quelques instances où la pénalité comminatoire attaquée a été jugée acceptable⁹⁴. Il nous apparaîtrait souhaitable que, dans de tels cas, les motifs du jugement fassent allusion, le cas échéant, au fait que le montant de la pénalité ne semble pas excéder de beaucoup le *quantum* des dommages-intérêts auxquels aurait droit la victime s'il n'y avait pas de clause pénale. La certitude du droit et la prévisibilité y gagneraient certainement.

C'est surtout dans la méthode d'apprécier le caractère abusif d'une clause pénale que notre jurisprudence rejoint celle de France de façon remarquable. Parfois, certes, la pénalité est appréciée en elle-même⁹⁵. Dans un tel cas également, nos tribunaux devraient généralement signaler l'écart énorme entre la pénalité et la valeur réelle du préjudice subi, même si elle n'est qu'approximative⁹⁶.

Assez souvent, le juge québécois, à l'instar du juge français, tient compte de l'ensemble des stipulations et du bénéfice réel que le créancier retirerait de l'exercice de la clause pénale. Ainsi en est-il d'un crédit-bail dans lequel, sur défaut du crédit-preneur, le crédit-bailleur peut, d'une part, résilier le contrat, reprendre le bien, le revendre ou le relouer, et, d'autre part, réclamer comme pénalité un montant égal à tous les paiements stipulés jusqu'à la fin du contrat. Si le défaut survient à la fin de la période du crédit-bail, la pénalité semble raisonnable. Au contraire, s'il survient au début de la période et que le bien repris a conservé une bonne valeur de vente ou de location, le crédit-bailleur réalisera un bénéfice éhonté en cumulant la pénalité et le prix de vente ou relocation : dans une telle conjoncture, la clause pénale sera jugée abusive au Québec comme en France⁹⁷.

⁹⁴ *1400924 Canada Inc. c. Word Trade Centre Montreal Development Corp.*, J.E. 95-1532 (C.S.) : 10 000 \$ pendant 40 mois, pour un total de 400 000 \$, énorme pénalité sans doute justifiée ici par le comportement nettement répréhensible du débiteur; *Hibbeln c. 2817161 Canada Inc.*, J.E. 95-1145 (C.S.).

⁹⁵ *Hibbeln c. 2817161 Canada Inc.*, J.E. 95-1145 (C.S.); *Immeubles des brasseries Molson ltée c. Kellandale Investments Inc.*, [1995] R.J.Q. 154 (C.S.). Comparer *Le c. Le*, [1994] R.J.Q. 1058 (C.S.).

⁹⁶ *Immeubles des brasseries Molson ltée c. Kellandale Investments Inc.*, [1995] R.J.Q. 154 (C.S.). Voir aussi *Portes Overhead Door de Montréal (1965) ltée c. Construction Broccolini Inc.*, J.E. 95-684 (C.Q.).

⁹⁷ *Société générale Beaver Inc. c. Métaux ouvrés St-Philippe Inc.*, J.E. 94-1295 (C.S.); *151276 Canada Inc. c. Verville*, [1994] R.J.Q. 2950 (C.S.); Amiens 26 octobre 1976 et obs. G. Cornu, (1977) R.T.D.C. 566; Reims, 25 octobre 1976, J.C.P. 1977.IV.241. Comparer *Pacific National Leasing Corp. c. Domaine de l'Éden (1990) Inc.*, J.E. 95-1447 (C.Q.).

Cet exemple montre bien comme il est important de prendre en compte toutes les circonstances précises de chaque affaire, pour exercer ce pouvoir d'équité. Car la même clause, dans la même convention, sera acceptable à un moment donné de l'exécution du contrat, mais inacceptable à un autre moment⁹⁸.

Une autre approche consiste parfois à considérer non seulement la convention comprenant la clause pénale, mais également une autre convention ayant un lien avec elle. Prenons le cas de la vente d'un fonds de commerce assortie du louage, à l'acheteur, du local dans lequel ce commerce est exercé : dans le bail, si la pénalité pour défaut de procurer la jouissance paisible était si élevée qu'elle absorberait tout le prix de vente, elle serait abusive⁹⁹.

Les tribunaux disposent d'un très large pouvoir d'appréciation dans la détermination du niveau acceptable de la pénalité. On ne peut certes pas parler de méthode de calcul, mais deux points de repère peuvent être signalés. En principe, il est inacceptable qu'un débiteur, par le biais d'une clause pénale, soit forcé de payer au créancier une somme largement supérieure à celle qu'il lui verserait s'il n'avait pas commis de faute et si le contrat continuait d'être exécuté tel que prévu¹⁰⁰. Deuxièmement, le niveau de la pénalité, après la réduction, doit demeurer substantiellement supérieur au *quantum* des dommages-intérêts qu'obtiendrait le créancier en l'absence de la clause¹⁰¹, afin de conserver à la pénalité sa fonction de peine privée et de moyen de dissuasion.

* * *

Ainsi, la vraie nature autonome des règles sur les clauses abusives doit encore être reconnue. Il reste à explorer la toute fin de l'article 1437, sur la clause «si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci». Les tribunaux pourraient avec avantage éviter quelques excès de zèle. Des critères plus précis devraient être développés pour déterminer ce qui constitue une clause abusive selon l'article 1437 et surtout une clause pénale abusive selon l'article 1623.

Mais peut-on s'en étonner aujourd'hui? Si la justice contractuelle a déjà fait l'objet de mesures législatives depuis quelques décennies, c'est

⁹⁸ Héleine, *supra* note 64 à la p. 38

⁹⁹ Comparer *Micor Auto Inc. c. Aubert*, J.E. 95-1087 (C.Q.); Paris, 27 octobre 1975, J.C.P. 1977.II.18746.

¹⁰⁰ Voir *Société générale Beaver Inc. c. Métaux ouvrés St-Philippe Inc.* J.E. 94-1295 (C.S.); *151276 Canada Inc. c. Verville*, [1994] R.J.Q. 2950 (C.S.); *Portes Overhead Door de Montréal (1965) ltée c. Construction Broccolini Inc.*, J.E. 95-684 (C.Q.).

¹⁰¹ Pineau, «Discrétion judiciaire», *supra* note 25 à la p. 15.

tout de même la première fois que le législateur met en place des dispositions aussi générales et — le mot n'est pas trop fort — aussi vagues. Il apparaît donc normal qu'il reste un gros travail de «mûrissement» à faire pour la jurisprudence et la doctrine. Une tâche, d'ailleurs, qui ne sera jamais achevée; car, lorsqu'auront été bannies un certain nombre de stipulations répréhensibles, la pratique en inventera de nouvelles, et le travail devra être recommencé!