

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

124-08-CA

RANDY McKEEN and SHARON McKEEN

APPELLANTS

- and -

THE MORTGAGE MAKERS INC. and
ANDREW LIBBY

RESPONDENTS

McKeen v. The Mortgage Makers Inc. and Libby,
2009 NBCA 61

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
October 16, 2008

History of Case:

Decision under appeal:
2008 NBQB 327

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
April 15, 2009

Judgment rendered:
September 24, 2009

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

RANDY McKEEN et SHARON McKEEN

APPELANTS

- et -

THE MORTGAGE MAKERS INC. et ANDREW
LIBBY

INTIMÉS

McKeen c. The Mortgage Makers Inc. et Libby,
2009 NBCA 61

CORAM :

L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 16 octobre 2008

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2008 NBBR 327

Procédure préliminaire ou accessoire :
s.o.

Appel entendu :
Le 15 avril 2009

Jugement rendu :
Le 24 septembre 2009

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Counsel at hearing:

For the appellants:
John D. Townsend, Q.C.

For the respondents:
Jason T. Dempsey

THE COURT

The appeal is allowed, the judgment rendered in the Court of Queen's Bench is set aside and the respondents' action against the appellants is dismissed. The appellants are entitled to costs in accordance with paragraph 63 of the reasons for judgment.

Avocats à l'audience :

Pour les appelants,
John D. Townsend, c.r.

Pour les intimés,
Jason T. Dempsey

LA COUR

L'appel est accueilli, le jugement rendu à la Cour du Banc de la Reine est annulé et l'action des intimés contre les appelants est rejetée. Les appelants ont droit aux dépens conformément au paragraphe 63 des motifs de jugement.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

I. Introduction

[1] This case bears upon the difference between a penalty and a liquidated damages clause, both at common law and under s. 5(1) of the *Law Reform Act*, S.N.B. 1993, c. L-1.2. As law students soon learn, the common law allows contractual parties to provide for the payment of a fixed sum on breach of the contract. The provision will be declared unenforceable if characterized as a “penalty” rather than a “liquidated damages” clause. In turn, a clause will be declared penal if, upon a proper construction and having regard to the surrounding circumstances, the fixed sum does not represent a “genuine pre-estimate of damages”. In New Brunswick, however, the parties must also contend with s. 5(1) which provides that a “party to a contract may enforce a penalty clause or a liquidated damages clause to the extent that it is reasonable in all of the circumstances to enforce the clause”. This Court must decide, *inter alia*, whether s. 5 represents either a substantive change in the common law or a codification of existing principle.

[2] Context is important. The factual matrix of this case reveals that the business of mortgage brokering remains unregulated in this Province. Briefly, a mortgage broker, The Mortgage Makers Inc. (“TMMI”), was successful in arranging mortgage refinancing for a husband and wife (“McKeens”) in the amount of \$280,000. In consideration for arranging the mortgage loan, the McKeens signed two contracts. Under the first, they agreed to pay the mortgage broker a commitment fee of \$3,500 (1.25%). This amount was payable even if the couple subsequently decided not to take up the mortgage refinancing. For greater certainty, the contract acknowledged the brokerage fee to be a “pre-estimate of damages” and not a “penalty”. In the second contract, signed on the same date as the first, the McKeens promised to pay the mortgage broker an additional \$5,600 in the event they refused to follow through with the refinancing. Again, the agreed amount was stated not to be a penalty. Ultimately, the McKeens decided not to

proceed with the refinancing and were promptly sued by TMMI for \$9,100. At trial, the couple learned that had they carried through with the refinancing, the mortgage broker would have received a “finder’s fee” of \$5,600 (2% of \$280,000) from the financial institution that had agreed to advance the mortgage funds. The trial judge reasoned that s. 5(1) of the *Act* was a codification of the common law, except that the onus of proof now fell on the party relying on the clause to establish that the clause was not penal. At common law, the burden of proof is on the party seeking to avoid its effect. The trial judge went on to find the claim for \$9,100 (3.25%) neither extravagant nor unconscionable and granted judgment in favour of TMMI. The trial judge reasoned that but for the breach of contract, TMMI would have earned that amount.

[3] In my respectful view, the appeal must be allowed. Section 5(1) of the *Act* effects a fundamental change in the common law regarding the enforceability of penalty and liquidated damages clauses. While it is often said that the law will not protect contractual parties from foolish or improvident bargains, s. 5(1) provides a more efficient way of dealing with a contractual term which is simply “unfair” or “unreasonable”. There is nothing about the claim for \$9,100 which supports a finding of “reasonableness” once all of the relevant circumstances are identified.

[4] In brief, the McKeens’ decision to accept the refinancing arranged by TMMI was an ill-informed decision that benefited everyone except the McKeens. It is true that the refinancing arrangement would have reduced their monthly debt load from \$2,700 to between \$1,800 and \$1,600 and offered a competitive interest rate. But armed with a legal microscope, we also learn that the immediate cost of the loan would have exceeded \$15,500. In addition to legal fees, there was a brokerage fee of \$3,500; a one-time premium with respect to mortgage deficiency insurance (\$6,000) and an interest penalty for early prepayment of an existing mortgage (\$6,000). These costs would have been deducted from the mortgage proceeds, leaving a short-fall when it came to retiring the outstanding indebtedness for which the refinancing was initially sought. All of this was accomplished without our couple ever meeting their mortgage broker and without any prior discussion or disclosure of brokerage fees, the existence of a finder’s fee and,

ultimately, the real cost of the loan. As to the opportunity to obtain independent legal advice, it was the mortgage broker who identified the lawyer who would be representing the couple. But he was only consulted after the contracts were signed. The fact that the mortgage broker did not advance a *quantum meruit* claim in its Statement of Claim is also of significance. Such a claim would have required TMMI to reveal the actual amount of time expended and expenses incurred in arranging the refinancing.

[5] At trial, the McKeens pled “unconscionability” as a defence to the action, but the trial judge refrained from ruling on the issue. As will become apparent, there is an overlap between the test of “reasonableness” expressed in s. 5(1) of the *Law Reform Act* and the test of “unconscionability” as it is understood and applied in the common law. However, there is a more basic objection to TMMI’s claim for damages equal to the commissions that would have been earned but for the failure of the McKeens to honour their contract with the third party mortgage lender. TMMI breached its legal obligations as agent acting on behalf of its principal by failing to disclose to the McKeens the existence of the finder’s fee. Without prior disclosure, the law classifies the fee as a “secret commission”. Thus, it matters not whether we are dealing with a penalty or liquidated damages clause. TMMI is not entitled to any remuneration and, correlatively, to any damages whether assessed according to common law principles or TMMI’s contract with the McKeens. In truth, this case could have been decided without reference to s. 5(1).

II. Facts and Decision Under Appeal

[6] The respondents, Randy and Sharon McKeen, were deeply indebted at the time the appellant mortgage broker, The Mortgage Makers Inc., first contacted them. Their home was encumbered with two mortgages. The face amount of the first mortgage was \$295,000 with an interest rate of 6.6% and a monthly payment of \$1,300. The amount owing on this mortgage was \$202,000 and the mortgage term was to expire in about six months. The face amount of the second mortgage was \$25,000 while the outstanding indebtedness had climbed to \$31,000. The interest rate was fixed at 15.99%

with a monthly payment of \$465. In total, the McKeens owed \$233,000 on the two mortgages. Their monthly mortgage payments totaled \$1,765. In addition, the McKeens were saddled with \$33,000 in consumer debt (line of credit & credit cards). The minimum monthly payment on this debt was approximately \$1,000. In sum, the McKeens monthly debt load equaled \$2,765. Their net income was approximately \$3,700. Randy McKeen earned \$49,000 a year. His net monthly pay was \$2,400. Sharon received a disability pension of \$30,000 (\$2,500 per month).

[7] Angela Chamberlain is the sales manager of TMMI, which is located in Moncton and employs more than 30 brokers. The respondent (plaintiff), Andrew Libby, is the owner of TMMI. On February 15, 2007, Sharon McKeen received a telephone call from Angela Chamberlain. Ms. Chamberlain inquired whether the McKeens would be interested in refinancing their indebtedness. This was the McKeens first contact with Ms. Chamberlain. The reason underscoring Ms. Chamberlain's phone call to the McKeens can be traced to the testimony of Mr. Libby. He explained that one of the ways in which mortgage brokers attract clients is by placing "cold calls" to consumers who have mortgages with financial institutions that typically charge high rates of interest. These consumers are identified by conducting on-line searches of documents filed with the Registry Office at Service New Brunswick. The McKeens second mortgage, with an interest rate of 15.99%, was sufficient to trigger further inquiries leading to the phone call to the McKeen residence.

[8] Mr. Libby also explained that each transaction generates revenue in three ways: (1) the brokerage fee paid by the client; (2) the percentage fee (finder's fee) paid by the financial institution that advances the mortgage funds; and (3) another finder's fee paid by an insurer in cases where the client takes out life insurance on the mortgage loan (1% of the face amount of the policy). Mr. Libby went on to explain that TMMI has access to 50 lenders through an electronic data base. In turn, those lenders provide TMMI with a finder's fee which is based on several factors, including the amount of business TMMI previously generated for the lender. Mr. Libby went on to explain that based on the volume of business generated for First National Financial, the lender who was to

provide the McKeens with the necessary loan, TMMI would be paid a larger finder's fee (by 0.4%).

[9] The McKeens never met face-to-face with anyone from TMMI, including Ms. Chamberlain. There was little need for personal contact; everything was done over the telephone and by fax. The McKeens readily provided Ms. Chamberlain with their social insurance numbers, to facilitate the credit bureau check, and both consumers provided documentation verifying their respective incomes and the specifics relating to their consumer debts. The mortgage application showed the value of the house to be \$305,000. An appraisal was never sought by anyone, including the mortgage insurer (CMHC). Mr. McKeen questioned the stated value having regard to the fact that in 2006 he was unable to sell the property for \$250,000.

[10] Around March 15, 2007, Ms. Chamberlain informed the McKeens that refinancing had been arranged with First National Financial located in Toronto. The mortgage commitment letter dated March 13, 2007, stated the principal amount of the loan to be \$280,000 for a term of 10 years, amortized over 30 years, at an interest rate of 5.64%. Of the \$280,000, \$6,000 was earmarked for CMHC, which was providing the mortgage deficiency insurance. The commitment letter also indicated that a monthly life insurance premium of \$244 would be paid together with the monthly mortgage payment of \$1,600 for a total of \$1,844. It is not clear whether the taking out of life insurance was an option to be discussed on the closing of the financing transaction. Mr. McKeen testified that he was told by Ms. Chamberlain that life insurance was obligatory. Ms. Chamberlain testified that she did not make this statement to Mr. McKeen. Her understanding was that the premium could have been waived at the time of the closing. The trial judge made no finding on this point.

[11] There is yet another matter that is not revealed in the commitment letter. Discharge of the existing first mortgage was subject to a prepayment penalty of six months interest, which just happened to equal the remaining term of the mortgage. A rough estimate places the prepayment interest at around \$6,000 ($\$200,000 @ 6\% \times \frac{1}{2}$). In

the end, in order for the McKeens to pay off their indebtedness of \$266,000, they had to take out a mortgage for \$280,000. Of that amount, \$6,000 went to CMHC, another \$6000 to pay out the prepayment interest charge and \$3,500 to pay the brokerage fee. In total, it would have cost the McKeens \$15,500 to refinance their debt, not including legal fees. These expenses would have resulted in a short-fall when it came to retiring the two existing mortgages.

[12] The McKeens signed the Mortgage Commitment on March 15, 2007. On that same date, they also executed two other documents. The first is a document on the corporate letterhead of TMMI, titled "Letter of Direction". Directly underneath that heading are the words "Fee Agreement". The letter states that in consideration for arranging the financing, the McKeens agree to pay a brokerage fee of \$3,500 and direct their solicitor to pay the fee out of the mortgage advance. In the next paragraph is a sentence which reads as follows:

Should we decide not [to] take the above named mortgage, The Mortgage Makers Inc. will maintain their full brokerage fee which I acknowledge to be a pre-estimate of damages, and not a penalty of any kind and nature.

[13] The second signed contract is also on the corporate letterhead of TMMI and is simply labeled an "Agreement". It provides that should the McKeens not proceed with the mortgage financing or renew their existing mortgage with their current mortgage lender, the McKeens:

[...] shall pay to [The Mortgage Makers Inc.] without demand the sum of \$5,600.56, which amount is a negotiated and genuine pre estimate of liquidated damages suffered by TMMI for having performed the said services on behalf of the [McKeens], and which sum is agreed by the parties not to be deemed or interpreted as a penalty for the default of the clients. Provided Always that, should the clients proceed with the mortgage financing though TMMI, no charges or costs will be billed to them.

[14] Shortly after returning the signed documents to Ms. Chamberlain, Ms. McKeen settled an outstanding lawsuit and received a cash infusion which negated the need to proceed with the refinancing. Mr. McKeen offered to take out mortgage financing through TMMI when the existing first mortgage on their home came up for renewal in approximately six months. He also offered to pay any out-of-pocket expenses that TMMI had incurred. Ms. Chamberlain declined the offer and instead gave the McKeens the choice of going through with the financing and using the settlement monies to pay down the mortgage or renegotiating for a smaller loan amount. The McKeens rejected these options and were sued.

[15] The trial judge's decision is now reported at 339 N.B.R. (2d) 215, [2008] N.B.J. No. 380 (QL), 2008 NBQB 327. After reproducing s. 5(1) of the *Law Reform Act*, the trial judge reviewed the leading cases and the commentaries in Canadian texts that analyze the law regarding the characterization of a contractual provision as either a penalty or a liquidated damages clause. The trial judge held that s. 5(1) "appears" to be a codification of the existing common law except with respect to the onus of proof. At common law, the onus is on the party seeking to avoid the effect of what is alleged to be a penalty clause that is "unconscionable or extravagant". The trial judge held that under the statutory provision the onus is now on the party who is relying on the clause to establish that it is "reasonable". This led the trial judge to formulate the legal issue as follows: "This Court is called upon to determine if the two agreements in question are extravagant and thereby unconscionable." Later on in his reasons the trial judge implicitly equates "extravagance" and "unconscionability" with "reasonableness". His ultimate reasoning for finding for TMMI is embraced in the following passage:

The evidence before the court establishes that the Defendants executed the two agreements in question. Mr. McKeen referred to the mortgage obtained by TMMI as a lifeline given their serious financial problems at the time. The evidence also establishes that the amount of \$5,600.56 was what TMMI lost when the mortgage they had arranged was not consummated. Therefore if it did constitute a penalty, the Plaintiffs have established that this was their actual loss or liquidated damage. The \$3,500.00 was

described in the agreement as a brokerage fee and given the amount of the mortgage it appears to be reasonable in the circumstances as it is approximately 1.5% of the mortgage. Consequently I believe that the Plaintiffs have established that the two agreements are reasonable in all of the circumstances. [para. 33]

[16] At first blush, the trial judge's reasoning and result is attractive. But for the McKeens breach of contract with First National, TMMI would have earned \$9,100. The cumulative effect of the two contracts is that the McKeens agreed to pay damages equal to the broker's actual loss (I am assuming a 1.25% brokerage fee is *prima facie* reasonable amount). The amount being claimed not only qualifies as a genuine pre-estimate of TMMI's loss, it is also an accurate estimation. But this is not the end of the matter. We must decide whether the trial judge was correct in his interpretation of s. 5 of the of the *Law Reform Act*. As well, the McKeens pled and argued that the contracts in question are unenforceable according to the tenets of the unconscionability doctrine. The trial judge did not address that argument. Instead, he held the amount claimed was neither extravagant nor unconscionable.

III. The Common Law Principles and Rules

[17] One cannot address the legislative purpose underscoring s. 5(1) of the *Law Reform Act* without first examining the common law principles and rules applicable to penalty clauses. What follows below is a synoptic and crude overview of the principles and leading jurisprudence in this area of the law.

[18] As noted earlier, a contract may provide for the payment of a fixed sum on breach of contract. Such clauses allow a party to know in advance the extent of his or her liability and to avoid difficult questions regarding quantification and remoteness damages. At the same time, courts are reluctant to allow a party to recover a sum which is considerably greater than the actual loss. A clause which fits within this category is labeled a penalty clause and deemed unenforceable while leaving the innocent party with the right to recover only the actual amount of the loss arising from the breach. On the

other hand, a provision which represents a genuine pre-estimate of damages flowing from the breach is labeled a liquidated damages clause and deemed enforceable. The label the parties have chosen for the clause may be relevant but it is never determinative. Inevitably, everyone turns to the reasons of Lord Dunedin in *Dunlop Pneumatic Tyre Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.* (1914), [1915] A.C. 79 (H.L.) in support of those propositions (there are four sets of concurring reasons).

[19] Lord Dunedin reasoned that a clause is penal if it provides for “payment of money stipulated as *in terrorem* of the offending party” (p. 86). In other words, if the clause were to act as a deterrent against breach, it is a penalty clause. If, on the other hand, the clause is a genuine attempt by the parties to estimate in advance the loss which will result from the breach, the clause will be declared a liquidated damages clause, even though the stipulated sum is not precisely equivalent to the innocent party’s loss.

[20] It is also said that the question whether a clause is penal or a pre-estimate of damage depends on its construction and on the surrounding circumstances at the time of contracting and not at the time of the breach. In addition to affirming the test of “genuine pre-estimate of damage”, Lord Dunedin formulated four rules of construction: (1) the clause will be declared a penalty if the sum stipulated is “extravagant and unconscionable in amount when compared with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach” (p. 87); (2) if the contractual obligation is to pay a fixed sum of money by a fixed date and there is default, the obligation to pay a larger sum will be deemed a penalty; (3) there is presumption that a clause is penal when “a single lump sum is payable on the occurrence of one or more events some of which may occasion serious and others but trifling damage” (p. 87, citing Lord Watson in *Lord Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Co.* (1886), 11 App. Cas. 332); and (4) “it is no obstacle to the sum stipulated being a genuine pre-estimate of damage that the consequences of breach are such as to make precise pre-estimation almost an impossibility” (pp. 87-88). With respect to the law in England, see generally Edwin Peel, *The Law of Contract*, 12th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2007) at pp. 1074-79.

[21] Few textbooks discuss the facts underscoring the *Dunlop* decision, but they do provide an insight into the difficulties that courts face when dealing with what is often presented as a classic formulation of black-letter law. The plaintiff, Dunlop, was a tire manufacturer that supplied tires and related products to wholesalers who in turn resold the products to retailers. The wholesalers acted as agent for Dunlop in securing a Price Maintenance Agreement contract whereby the retailers agreed with Dunlop not to sell the products below a fixed price. Pursuant to their Agreement, each retailer agreed to pay £5 by way of liquidated damages for each and every item sold at less than the fixed price. The retailer did in fact sell a tire cover for £3 rather than the £4 specified in the Price Maintenance Agreement. The majority of the Court of Appeal found the obligation to pay £5 for every breach was a penalty clause.

[22] The House of Lords was unanimous in reversing the decision of the Court of Appeal. Lord Dunedin reasoned that, as it would be impossible to forecast the damage from the sale of one item, it was perfectly reasonable for the parties to estimate the loss arising from a breach. The evidence of Dunlop was that once other retailers learned of the price cutting they would do likewise and that it was impossible to assess the loss arising from a particular breach. Lord Atkinson reasoned that price cutting would cause serious injury to Dunlop's trade interests, "derange their supply organization" (p. 96) and it would therefore be difficult to estimate damages. His Lordship ended his reasons with the observation that the impugned clause contained nothing "unreasonable, unconscionable or extravagant" (p. 97). Lord Parker concluded that he could "see nothing to justify the Court in refusing to give effect to this bargain" (p. 99). Lord Parmoor held that "to justify interference there must be an extravagant disproportion between the agreed sum and the amount of any damage capable of pre-estimate" (p. 101). His Lordship ended his reasons by stating: "The parties adopted a wise and prudent course, having regard to the nature of the contract and the practical impossibility of an accurate assessment of damages" (p. 105).

[23] It is too late to advance the thesis that *Dunlop* really stands for the proposition that it is permissible for the a parties to agree to a penalty clause in circumstances where the assessment of damages is impracticable and the legitimate

business interests of the innocent party would be seriously undermined without such a clause. Correlatively, one could argue that it is a judicial stretch to persist with the belief that the fixed sum payable in *Dunlop* was not intended to have an *in terrorem* effect. Of course, today *Dunlop* would be decided differently. Price Maintenance Agreements run contrary to the tenets of our consumer culture and federal laws.

[24] There is one fundamental question that *Dunlop* did not address: Why not enforce penalty clauses in cases where there is no inequality of bargaining power or grounds to support a finding of unconscionability or unreasonableness? Is not the non-enforcement of penalty clauses a blatant interference with the parties' right to freedom of contract? These are questions that *Dunlop* did not have to confront as the doctrine of unconscionability had yet to take hold under English law. Eventually, our Supreme Court would confront these issues but the jurisprudence emanating from that Court is not entirely consistent.

[25] There are three decisions of our Supreme Court dealing with the issue of penalty and liquidated damages clauses. The first was decided within months of the House of Lords releasing its decision in *Dunlop*. In *Canadian General Electric Co. v. Canadian Rubber Co.* (1915), 52 S.C.R. 349, [1915] S.C.J. No. 58 (QL), the Supreme Court adopted the *Dunlop* approach by defining a penalty "as the payment of a stipulated sum in breach of the contract irrespective of the damage sustained" while describing the essence of a liquidated damages clause as a "genuine covenanted pre-estimate of damage" (p. 351). The facts of *Canadian Rubber* are as revealing as those in *Dunlop*. In *Canadian Rubber*, the plaintiff had agreed to supply the defendant with motors, generators and switchboards. The plaintiff also agreed to pay \$25 per day for each item that was not delivered on time and that that amount would be deducted from the contract price as liquidated damages. The contract price totaled \$33,000. The plaintiff was in default for 582 days before finally delivering the equipment. The defendant purchaser conceded that it was at fault for some of the delay and voluntarily reduced the number of delay days from 582 to 460. When the plaintiff sued for the contract amount, the defendant deducted \$11,500 from the contract price of \$33,000. The Superior Courts of

Quebec agreed with the defendant's contention that the clause in question was enforceable. Those decisions were upheld in the Supreme Court, the majority of which did not draw a substantive distinction between the English common law and the Quebec Civil Code. The Chief Justice relied on *Dunlop* and cited Sir George Jessel in *Wallis v. Smith* (1882), 21 Ch. D. 243 at p. 266 where he held: "Courts should not overrule any clearly expressed intention on the ground that judges know the business of the people better than the people know it themselves" (p. 353). Davies J. held: "Once it is established that the damages are genuine pre-estimated liquidated damages, and are not unconscionable, I cannot see why they should not be pleaded in answer to the plaintiff's demand for the price of the article sold" (p. 356).

[26] As in *Dunlop*, one can argue that the obligation in *Canadian Rubber* to pay a late delivery fee of \$25 per day was intended to produce an *in terrorem* effect on the plaintiff to comply with its contractual obligations. Admittedly, the task of assessing damages for late delivery of the contract items might have been impracticable. If so, the true reason for enforcing the fixed damages clause is that there is nothing inherently wrong in giving effect to such a clause in cases where the parties are capable of looking after their respective commercial interests. In these circumstances, why shouldn't the damages clause be enforced irrespective of whether it is labeled a penalty or liquidated damages clause?

[27] The remaining two Supreme Court cases have been subjected to extensive and critical commentary because of their competing approaches to this area of the law. The first to be decided was *H. F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp. Ltd.* (1974), [1976] 1 S.C.R. 319, [1976] S.C.J. No. 151 (QL). In that case, H. F. Clarke Ltd. was appointed the exclusive distributor for products of Thermidaire Corp. After the agreement was terminated, Clarke began selling products belonging to Thermidaire's competitors in breach of a contractual provision. The agreement also provided that Clarke would pay liquidated damages to Thermidaire equal to the "gross trading profit" realized through the sale of competitive products. Using that formula, damages would reach \$200,000. If, however, the formula of "net trading profit" were used, the damages would be reduced to

\$92,000. The trial judge found the contractual provision was business-like and reasonable. The Ontario Court of Appeal agreed and held the formula represented a genuine attempt by the parties to pre-estimate the loss as best they could within their special knowledge of the circumstances.

[28] The majority of the Supreme Court in *Clarke* disagreed with the courts below and allowed the appeal. Writing for the three judge majority, Laskin C.J. made several critical statements with respect to the governing principles. First, he held that if the case were to be decided solely on the basis of what the parties had intended there could be no quarrel with the result achieved in the courts below. However, he also held that the parties' intention was not determinative. Second, Laskin C.J. held that while it is open to the parties to pre-estimate future loss for a breach, that pre-estimate must yield to judicial appraisal of its reasonableness in the circumstances. His third finding embraces the understanding that the time for assessing reasonableness is not at the time the contract was formed but rather at the date of the breach. Finally, the Chief Justice casts the policy reason justifying the court's intervention in terms of preventing the parties from ousting the jurisdiction of the courts to determine not only whether there has been a breach, but also in assessing what damages are recoverable. The dissenting judges in *Clarke* (Martland and Dickson JJ.) took the bold approach of simply endorsing the reasons of Brooke J.A. in the Court of Appeal. For a critical and perceptive analysis of the Supreme Court's decision in *Clarke* and in this area of the law, see generally Angela Swan, *Canadian Contract Law*, 2d ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2009) at pp. 834-839.

[29] It would be another four years before the Supreme Court would have the opportunity to deal with the issue of penalty and liquidated damages clauses (though in a narrower context). In *Elsley Estate v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916, [1978] S.C.J. No. 47 (QL), the defendant had entered into a restrictive covenant not to compete with the corporate plaintiff for a period of five years following the termination of their employment contract. In fact, the defendant set up his own business. The contract stipulated that on breach of the non-competition covenant, liquidated damages of \$1000 would be payable. At trial, the plaintiff asked for

rectification of the contract by adding the words “for each and every breach” but the relief was denied for lack of evidence (the solicitor who drew up the contract had died). The truth of the matter is that without rectification, the clause operated more like a limitation of liability clause than a penalty clause.

[30] Aside from the granting of injunctive relief to prevent further breaches of the non-competition clause, the plaintiff in *Elsley* sought damages. Once the Supreme Court concluded that the plaintiff could have both an injunction and damages, the Court went on to consider whether the plaintiff’s damage claimed was limited to the \$1,000 as per the terms of the underlying contract. Writing for a unanimous court, Dickson J. held:

It is now evident that the power to strike down a penalty clause is a blatant interference with freedom of contract and is designed for the sole purpose of providing relief against oppression for the party having to pay the stipulated sum. It has no place where there is no oppression. If the actual loss turns out to exceed the penalty, the normal rules of enforcement of contract apply to allow recovery of only the agreed sum. The party imposing penalty should not be able to obtain the benefit of whatever intimidating force the penalty clause may have in inducing performance, and then ignore the clause when it turns out to be to his advantage to do so. A penalty clause should function as a limitation on the damages recoverable while still being ineffective to increase damages above the actual loss sustained when such loss is less than the stipulated amount. ... Of course, if an agreed sum is a valid liquidated damages clause, the plaintiff is entitled at law to recover this sum regardless of the actual loss sustained.

In the context of the present discussion of the measure of damages, the result is that an agreed sum payable on breach represents the maximum amount recoverable whether the sum is a penalty or a valid liquidated damages clause. [p. 937]

[31] There is not a Canadian commentator who has not attempted to reconcile what was said and decided in *Clarke v. Thermidaire* and Justice Dickson’s statement in *Elsley* that the power to strike down a penalty clause is a blatant interference with freedom of contract; a power to be used for providing relief against oppression (see John

D. McCamus, *The Law of Contracts* (Toronto: Irwin Law, 2005) at pp. 897-904; S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 5th ed. (Toronto: Canada Law Book Inc., 2005) at paras. 449-462; and Swan at pp. 834-839).

[32] The *Clarke* decision can be limited to the narrow proposition that a clause stipulating a fixed amount for damages operates as an upper limit on the damages recoverable and it matters not whether the clause is deemed a penalty or a liquidated damages clause. In other words, the clause is effective for the purpose of limiting the defendant's liability to the amount fixed in the contract. However, if the damages actually suffered are less than the amount stipulated, the distinction between a penalty and liquidated damages clause remains relevant.

[33] As part of my synoptic overview of the jurisprudence, I turn to the pertinent decisions from New Brunswick. Only four decisions have been drawn to our attention. Three of the cases made their way to this Court. The one that did not was *Federal Business Development Bank v. Fredericton Motor Inn Ltd.* (1980), 32 N.B.R. (2d) 108 (Q.B.), [1980] N.B.J. No. 241 (QL). In that case, the plaintiff bank agreed to advance \$550,000 to the defendant hotel. The contract was subject to a clause that the hotel would pay a commitment fee of \$5,000, as liquidated damages and not as a penalty, in the event the hotel decided not to follow through with the loan transaction. The court held that a commitment fee of 1% of the loan amount was not a penalty but a liquidated damages clause. In a subsequent case, *Federal Business Development Bank v. Eldridge and Eldridge* (1986), 76 N.B.R. (2d) 399 (C.A.), [1986] N.B.J. No. 140 (QL), this Court upheld a trial judgment finding that a commitment fee of 3% of the loan amount was a penalty. The court reasoned that in cases where the stipulated sum is nominal in relation to the loan offered the court is entitled to presume that the amount stipulated is a genuine pre-estimate of damages. But in cases where the commitment fee is not nominal, the amount will be deemed a penalty unless the lender adduces evidence to show how the lender went about fixing the amount. As the bank had failed to adduce such evidence, the payment of 3% was deemed a penalty and unenforceable.

[34] The third decision cited to us is *Lee et al. v. OCCO Developments Ltd.* (1996), 181 N.B.R. (2d) 241 (C.A.), [1996] N.B.J. No. 438 (QL). In that case, Mr. Lee had agreed to purchase a condominium unit for \$120,000 and had paid a \$30,000 deposit. A clause requiring forfeiture of the deposit in the event of a breach was described as a liquidated damages clause. This Court confirmed the trial judge's finding that the deposit was a genuine pre-estimate of damages that was "not unduly high or unreasonable" (para. 38). Relying on *Elsley*, this Court went on to hold that even if the liquidated damages clause were considered a penalty, it would have been enforceable. Having regard to the surrounding circumstances, the Court reasoned that enforcement of the clause was not unconscionable. While there are parallels in the law governing penalties and the law governing deposits, it has been said that the law surrounding the latter is more complex because the situations where one party may seek to keep what the other has paid are more varied (see *Swan* at p. 841).

[35] The fourth New Brunswick decision that touches on the issue of penalty and liquidated damages clauses is *Béton Brunswick Ltée. v. Martin* (1996), 176 N.B.R. (2d) 81 (C.A.), [1996] N.B.J. No. 41 (QL). The defendant had agreed with the plaintiff not to compete in the concrete business for five years and that liquidated damages of \$25,000 would be paid for each breach. At trial, the defendant admitted to four breaches. On appeal, he argued that the \$25,000 payable for each breach could not be interpreted so as to apply to each and every sale of concrete, but rather was payable with respect to each concrete business that the defendant established. This Court rejected that interpretation of the clause and awarded damages of \$100,000 with respect to the four breaches. In reaching this conclusion, the Court noted that no one argued the liquidated damages clause should have been struck down as a penalty clause.

[36] One final comment with respect to the last two cases discussed above. Section 5(1) of the *Law Reform Act* came into force on June 1, 1994. However, by virtue of s. 5(4), it does not apply to breaches committed prior to that date. In both cases, the breaches occurred well before that date. This explains why the two decisions make no reference to s. 5(1).

[37] As should be apparent, a black-letter rule which declares a contractual provision unenforceable because it does not represent a genuine pre-estimate of damages is an oversimplification of a complex area of the common law. Stepping back for a moment, it becomes evident that the ability of the parties to pre-determine the amount to be paid on breach of contract has many dimensions. For example, the parties may agree that a deposit shall be paid and that the deposit will be forfeited if the contract is breached. The deposit can be looked on as advance payment with respect to any future breach or as the upper limit of damages or a genuine pre-estimate of damages. Despite the parallels between deposits and penalty clauses, it may be unwise to conflate the applicable legal principles. Curiously, if the parties fix the amount of the damages at a nominal figure (\$1) we are no longer dealing with the principles applicable in the context of penalty and liquidated damages clause. It is now labeled an exemption or limitation of liability clause. Invariably, litigants wishing to escape its grasp will invoke the doctrine of fundamental breach. The law in this area remains truly problematic, despite the Supreme Court's attempts to simplify the doctrine (see cases discussed in *New Brunswick Power Corp. v. Westinghouse Canada Inc. et al.* (2008), 337 N.B.R. (2d) 138, [2008] N.B.J. No. 364 (QL), 2008 NBCA 70; see also Swan at pp. 834-35).

[38] If, on the other hand, the damages fixed under the contract are more than nominal but the actual damages (e.g., \$40,000) greatly exceed the fixed amount (e.g., \$20,000) the clause is enforceable unless "oppression" is established: *Elsley Estate v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.* In cases where the actual loss suffered is less than the fixed amount, the party in breach of the contract will be arguing that the clause is a penalty because it is not a genuine pre-estimate of damage. This will of course lead us to ask whether the time for estimating the damage loss is at the time the contract is signed or at the time of the breach. Under English law, one looks to the date the contract became binding. Under Canadian law, the proper date appears to be the date of the breach: *H. F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp. Ltd.* One way of resolving this apparent conflict is to reformulate the applicable rules as follows: A clause providing a fixed sum representing a genuine pre-estimate of damages will be deemed enforceable unless at the time of the

breach the amount fixed is deemed extravagant or unconscionable (see Lord Dunedin's first rule of construction reproduced at para. 16 of these reasons).

[39] The above summary attests to the complexity of the common law surrounding the enforcement of clauses that pre-determine damages for breach of contract. Much of the complexity can be attributed to the failure to recognize there is nothing inherently wrong in the parties agreeing to a penalty clause inserted for *in terrorem* purposes. In the words of Dickson C.J., the non-enforcement of penalty clauses represents a blatant interference with freedom of contract.

IV. The Law Reform Act

[40] As noted at the outset, one cannot answer the question whether s. 5(1) of the *Law Reform Act* was intended to codify or reform common law principles without a basic understanding of the common law rules. Once the law of penalties is unraveled, it is evident that there are too many unanswered questions or outstanding issues surrounding the enforceability of clauses that fix damages for breach of contract. The existing common law principles provided an incentive for legislatures to effect true reform. Section 5 of the *Law Reform Act* is on point and reads as follows:

5(1) A party to a contract may enforce a penalty clause or a liquidated damages clause to the extent that it is reasonable in all of the circumstances that the clause should be enforced.

5(1) Une partie à un contrat peut faire exécuter une clause pénale ou une clause de dommages-intérêts liquidés dans la mesure où il est raisonnable selon toutes les circonstances que cette clause devrait être exécutée.

5(2) Without limiting subsection (1), a court may determine in the circumstances of a case before it that a penalty clause or a liquidated damages clause should be enforced in full, in part or not at all.

5(2) Sans limiter la portée du paragraphe (1), une cour saisie d'une cause peut déterminer selon les circonstances si une clause pénale ou une clause de dommages-intérêts liquidés devrait être exécutée ou non et, dans l'affirmative, si elle doit être exécutée dans son intégralité, en partie ou pas du tout.

5(3) Where a penalty clause or a liquidated damages clause is enforced only in part or not at all, damages are recoverable in respect of conduct which is in breach of contract but in relation to which the penalty clause or liquidated damages clause is not enforced.

5(3) Lorsqu'une clause pénale ou une clause de dommages-intérêts liquidés n'est pas exécutée ou n'est exécutée qu'en partie, les dommages-intérêts sont recouvrables relativement à la conduite qui constitue la rupture du contrat mais pour laquelle la clause pénale ou la clause de dommages-intérêts liquidés n'est pas exécutée.

5(4) This section applies to contracts entered into before or after the commencement of this section, but only in relation to breaches of contract occurring after the commencement of this section.

5(4) Le présent article s'applique aux contrats conclus avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, mais seulement par rapport aux ruptures de contrat survenues après l'entrée en vigueur du présent article.

[41]

In a paper dated May 1993 entitled *Commentary on the Law Reform Act* (Fredericton: Government of New Brunswick, 1993), the Law Reform Branch of the Office of the Attorney General explained the rationale underscoring the adoption of s. 5. The *Commentary* states that the problem with the existing law was that the distinction between penalty and liquidated damages clauses was “unclear”. Regrettably, there is no analysis to explain why this is so; we are only told that s. 5(1) abrogates the distinction between the two clauses and focuses on the criterion of reasonableness when it comes to the enforcement of clauses that pre-determine the damages payable for breach of contract. Thus, a “fixed damages clause” may be enforceable even if the amount stipulated does not represent a genuine pre-estimate of damage and was inserted for *in terrorem* purpose only. Parties are free to settle on terms that further their respective legitimate commercial interests, provided the terms are reasonable in all of the circumstances. Pursuant to s. 5(2), the court has the power to decide whether the clause should be enforced in full, in part, or not at all. The “in part” enforcement option is novel and is explained in the *Commentary*. Section 5(2) applies to cases where the contract provides, for example, for a daily penalty. The court may determine the penalty is acceptable for a period of two months following the breach but may otherwise decide against the payment of the *per diem* penalty for a longer period. Section 5(3) preserves the right of the innocent party to pursue a claim in *quantum meruit* in the event the clause

is deemed unenforceable in full or in part. Continuing with the above example, the *Commentary* explains that such a *quantum meruit* claim could be made with respect to losses suffered after the expiration of the two month period.

[42] The *Commentary* also explains that the question of whether reasonableness should be assessed as of the date of contract formation or the date of enforcement was considered. Ultimately it was decided that the statute should be silent on this point: “[...] it is better not to tie this down one way or another” (p. 38). The *Commentary* continues with the observation that the authors expect the court would consider the date the agreement was reached a “significant factor,” but one that would not preclude the court from considering other factors including the circumstances prevailing at the date of the breach.

[43] The *Commentary* goes on to explain that the option of adopting a general rule denying enforcement of “unconscionable” provisions was not considered fully. The *Commentary* posits that a general rule against unconscionability might not provide an answer to the problems that s. 5 seeks to address. It refers to the fact that courts already have jurisdiction to provide relief against unconscionable transactions, but that s. 5 provides greater certainty and flexibility. I agree for reasons discussed below.

V. Analysis

[44] In addition to invoking s. 5 of the *Law Reform Act*, the McKeens pled the doctrine of unconscionability in support of their argument that the two clauses in question are unenforceable. That doctrine has two components; one procedural and one substantive (see generally Swan at pp. 784-92). The procedural component looks to see whether there was an inequality of bargaining power. The substantive component looks to see whether the inequality lead to an improvident bargain (substantively unfair). Consumers enter into contractual arrangements daily, and even though a procedural inequality exists, this does not mean that the resulting contract is substantively unfair. This is why it is important to recognize that the unconscionability doctrine embraces two

components (see generally *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (B.C.C.A.), [1965] B.C.J. No. 178 (QL), *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231 (B.C.C.A.), [1978] B.C.J. No. 1318 (QL), *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy* (1974), [1975] Q.B. 326 (C.A.)).

[45] The trial judge did not address the unconscionability argument. Instead, he reasoned that the amount being claimed was not extravagant or unreasonable within the purview of s. 5(1) of the *Law Reform Act*. Before this Court, the McKeens did not abandon their common law plea of unconscionability. They portrayed TMMI as the equivalent of a “predatory lender” and themselves as destitute debtors trying to extricate themselves from the burden of serious financial stress. This stress, they claimed, was brought about by Ms. McKeen’s illness and the need to purchase expensive medication, much of which was purchased by credit cards with high interest rates. Reference was also made to an existing second mortgage with an interest rate (15.99%), reminiscent of those prevailing around 1982 when interest rates on residential mortgages peaked at 22%. All of this was argued for the purpose of establishing that an inequality of bargaining power existed between TMMI and the McKeens. Counsel then went on to argue that this vulnerability, coupled with TMMI’s lack of disclosure with respect to salient facts, led them to agree to refinancing agreement that when carefully scrutinized reveals an improvident and foolish bargain.

[46] While I am sympathetic to the McKeen’s unconscionability argument, I prefer to base this decision on the application of s. 5 of the *Law Reform Act* for two reasons. First, s. 5 was the principal focus of the debate in this Court. Second, I agree with the *Commentary* that accompanied the legislation that a general test of “reasonableness in the circumstances” is less cumbersome than the two-prong analysis required under the doctrine of unconscionability. This is not to deny that there will be overlap between a statutory test of reasonableness and the common law test of unconscionability.

[47] There cannot be doubt that the trial judge erred in holding that s. 5(1) of the *Law Reform Act* was intended to codify the existing common law dealing with penalty and liquidated damages clauses. However, he was correct in concluding that s. 5(1) effectively reverses the common law onus of proof. At common law the onus is on the defendant to establish that the clause is not a genuine pre-estimate of damages. Under s. 5(1), the onus is on the plaintiff (TMMI) to establish the reasonableness of the clause. Thus, we are left to decide whether the evidence produced at trial and the facts as found by the trial judge support the contention that payment of \$9,100 is reasonable having regard to the surrounding circumstances.

[48] A few preliminary remarks are in order. First, this is not a case in which the lender is suing for breach of contract. True, First National might have suffered a loss as a result of the McKeens retreating from their loan commitment, but First National took no part in the law suit. This is a case in which the mortgage broker is suing for its lost commissions: one from the McKeens, the other from First National. Second, except when it comes to the matter of broker compensation, the underlying contract between TMMI and the McKeens is unwritten. However, their contractual relationship is governed by the principles of agency law. Third, TMMI's claim is an all or nothing claim. TMMI seeks only one amount: \$9,100. There is no separate claim for the brokerage fee of \$3,500 and another for the loss of the finder's fee of \$5,600. Fourth, TMMI did not ask for alternative relief in the event both contractual provisions were declared unenforceable. The alternative relief is a *quantum meruit* claim equal to the value of the services performed in terms of time and expense. The claim is available at common law and under s. 5(3) of the *Law Reform Act*. To support such a claim, TMMI would have had to introduce evidence to establish the amount of work expended on behalf of the McKeens in securing the mortgage refinancing for First National Financial. TMMI made a conscious decision not to pursue this alternative claim. In summary, this is a claim for \$9,100 or nothing.

[49] The trial judge ruled that it was reasonable to enforce the contractual obligation because the amount in question represented a genuine pre-estimate of TMMI's

loss attributable to the McKeens' failure to follow through with the mortgage refinancing. However, that is only one of the relevant considerations. Section 5(1) directs us to have regard to all of surrounding circumstances before adjudicating on the issue of enforceability.

[50] In my opinion, there is nothing about the claim for \$9,100 which supports a finding of reasonableness, once all of the relevant circumstances are identified. In brief, the McKeens decision to accept the refinancing arranged by TMMI was ill-informed. It is true that the refinancing arrangement would have reduced their monthly debt load from \$2,700 to between \$1,800 and \$1,600, together with a competitive interest rate. But, as I stated at the outset, armed with a legal microscope, we also learn that the immediate cost of the loan would have exceeded \$15,500. In addition to legal fees, there was a brokerage fee of \$3,500; a one-time premium with respect to mortgage deficiency insurance (\$6,000) and an interest penalty for early prepayment of an existing mortgage (\$6,000). These costs would have been deducted from the mortgage proceeds, leaving a short-fall when it came to retiring the outstanding indebtedness for which the refinancing was initially sought. All of this was accomplished without our couple ever meeting their mortgage broker and without any prior discussion or disclosure of brokerage fees, the existence of a finder's fee and, ultimately, the real cost of the loan. As to the opportunity to obtain legal advice, it was the mortgage broker who identified the lawyer who would be representing the couple, but only after the contracts were signed. The fact that the mortgage broker did not advance a *quantum meruit* claim in its Statement of Claim is also revealing but not surprising. It would be difficult to justify a claim for \$9,100 for work that surely could not have taken more than several hours spread over a period of four weeks.

[51] A few comments are in order with respect the \$6,000 premium payable for mortgage deficiency insurance with CMHC. I assume mortgage insurance was required at law because the value of the McKeens home when compared with the amount of the refinancing (\$305,000 v. \$280,000) exceeded the statutory ratio. But one has to question whether the McKeens were advised that the insurance was not for their future benefit but

rather for that of the lender. Even though the McKeens would have paid a lump sum premium, they would have remained liable for any deficiency arising upon a forced sale of their home in the event of a default. Moreover, the McKeens would have actually paid for the premium (as part of the borrowed sum) over a period of 30 years; the amortization period of the loan. Curiously, CMHC was willing to extend the insurance coverage without obtaining a formal appraisal of the property. Shockingly, CMHC did not even request a “drive-by appraisal”. Instead, it relied on computer generated documents attesting to general market conditions in Fredericton.

[52] The matter of mortgage insurance reinforces the understanding that too many people were too eager to get the deal done without having regard to the long term financial consequences awaiting the McKeens. For example, the option of waiting until the first mortgage matured in six months and of refinancing with that lender was not discussed. Nor was consideration given to the possibility of retiring the present second mortgage and having it replaced with another at a reasonable market rate of interest. Moreover, this second mortgage might have been large enough to provide funds sufficient to pay off the McKeens staggering credit card debt. Whether the mortgage refinancing could have been structured so as to avoid the need to acquire mortgage insurance is yet another valid consideration.

[53] It could be argued that TMMI is a mortgage broker and not a debt counselor. The reality is that TMMI was acting as “agent” acting for its “principal”, the McKeens. The law recognizes that mortgage brokers owe certain “fiduciary duties” to the borrower. For purposes of deciding this appeal, it is sufficient to affirm the broad proposition that mortgage brokers, as agents, are under a duty to act in good faith and to make relevant and timely disclosure of matters that might reasonably impact their client’s ability to make informed decisions (see generally G. H. L. Fridman, *The Law of Agency*, 7th ed. (Toronto: Butterworths, 1996) at p. 181).

[54] The irony of this case is that TMMI cannot recover anything from the McKeens if it breached its legal obligations as agent and it makes no difference whether their contract provides for the payment of a fixed sum, be it deemed a penalty or a

liquidated damages clause. Lack of disclosure on the part of the mortgage broker is sufficient to bring about such a result.

[55] Lack of disclosure on the part of TMMI has many sources. At the time Ms. Chamberlain placed her first call to the McKeens, there was no disclosure or discussion with respect to how TMMI would be compensated for their efforts in arranging the refinancing. With respect to the brokerage fee of 1.25% to be paid by the McKeens to TMMI for arranging the mortgage financing, the law might recognize this percentage amount as reasonable if it were the broker's sole source of compensation from the loan transaction: *Federal Business Development Bank v. Fredericton Motor Inn Ltd.* and *Federal Business Development Bank v. Eldridge*. What is objectionable in law is TMMI's failure to disclose the finder's fee that would have been paid by First National. It is a fundamental and basic tenet of agency law that the agent may not make a secret profit out of a transaction. In turn, the expression "secret profit" refers to any financial advantage which the agent receives over and above what he or she is entitled to receive from the principal by way of remuneration. The agent has a duty to account for all such profit and the failure to make full disclosure disentitles the agent from its commission.

[56] The lead case with respect to a mortgage broker's right to compensation in cases involving recovery of an undisclosed finder's fee is *Advanced Realty Funding Corp. v. Bannink* (1979), 27 O.R. (2d) 193 (C.A.), [1979] O.J. No. 4483 (QL). In that case, the defendant borrower had agreed to pay the plaintiff mortgage broker a commission of \$2,800 plus expenses. The contract was also vaguely worded such that the commission was payable even if the broker should receive a finder's fee from the lender. The brokerage contract also stated that if the borrower reneged on the contract loan the broker was still entitled to the compensation set out in the contract. In point of fact, the broker would have received a finder's fee of \$425 had the borrower followed through with the loan. The broker sued to recover only the \$2,800 commission. The claim was denied because of the broker's failure to make full disclosure with respect to the finder's fee, even though the finder's fee was not part of the claim. The Ontario Court of Appeal stated:

There is no doubt that an agent owes fiduciary duties to his principal. The plaintiff was the agent of the defendant for the purposes of the transaction for which it was engaged. One of the prime fiduciary duties of an agent is that of full disclosure. Wherever it appears that the agent is going to profit from the agency over and above the remuneration agreed to be paid by the principal, the duty of disclosure must be rigorously enforced by the Court, and it must be shown that after full disclosure, the principal has expressly or by necessary implication consented to the agent making a profit. [Citations omitted]

[...]

So strict is the duty of disclosure that it has been said it is not enough to give notice to the principal that there is another commission, leaving the principal to inquire what it is and how much: [Citation omitted]. There must be the "fullest disclosure" and an informed consent by the principal: [Citation omitted].

[...]

Applying these principles to the present case, I am of the view that the plaintiff has not satisfied the onus upon it of showing full and complete disclosure to the defendant of the fact that it was going to be paid a finder's fee and how much that fee was. The plaintiff is, therefore, disentitled from receiving any remuneration from acting in the transaction of finding the defendant an acceptable mortgage. On the authorities, the Court does not engage in speculation as to what the principal might have done if disclosure had been made, nor is it an essential part of the relevant principle that there must have been detriment to the principal as a result of the non-disclosure.

[...]

This judgment does not mean that a mortgage broker is never entitled to collect a finder's fee. It does mean that it is not sufficient to bury a reference to a finder's fee in a rather ambiguous sentence in the midst of its contract for fees and commission. If the broker expects or intends to receive a finder's fee, he has a positive obligation to explain this to his client, indicate the amount of it or how it is to be calculated (if this is then known), make sure that his client

understands, and receive his express consent to the broker receiving the fee. If the broker expects to receive a finder's fee, but does not yet know its amount or how it is to be calculated, he should explain this to his client, receive the client's express consent to the broker's accepting the fee, and should undertake to tell the client the amount of or method of calculating the fee, and to receive the client's consent before accepting it. [pp. 196-197]

[57] There can be no doubt that TMMI's claim to compensation with respect to the finder's fee of \$5,600 cannot succeed in light of the failure to make full disclosure (see also *Atlanta Industrial Sales Ltd. v. Emerald Management & Realty Ltd.* (2006), 399 A.R. 1, [2006] A.J. No. 624 (QL), 2006 ABQB 255; and *St. Louis v. CIBC Mortgages Inc.* (2004), 12 C.C.L.I. (4th) 135, [2004] O.J. No. 2681 (QL), applying *Advanced Realty Funding Corp. v. Bannink*).

[58] It is equally clear that TMMI's failure to make full disclosure with respect to the finder's fee (secret commission), to have been paid by First National, has the corollary effect of disentitling TMMI to its brokerage fee of \$3,500.

[59] I pause here to make a general observation. This is a case in which the mortgage broker seeks compensation based on what would have been received from two sources: the borrower and the lender. There may be cases where the broker's only compensation comes from the finder's fee provided by the lender and, indeed, it may be common knowledge in a particular community that this is how mortgage brokers make their living. However, one would assume that in these circumstances, no broker is going to sue for an undisclosed finder's fee just because the borrower decided not to follow through with the mortgage loan.

[60] The principle that an agent has a duty to make full disclosure with respect to finder's fees applies also to the 1% finder's fee that would have been paid to TMMI by the insurer who was to provide the term life insurance policy covering the principal amount of the loan. On appeal, TMMI maintained that life insurance was only an option that could have been waived at the time the mortgage documents were signed and the

funds advanced. The problem with this contention is that the mortgage commitment signed by the McKeens does not indicate that mortgage life insurance is optional. The contract simply provides for a monthly premium of \$244.18. That amount is then added to the monthly mortgage payment of \$1,603.14, leaving a “Total Monthly Payment” of \$1,847.32. There is nothing in the contract that would indicate to the reasonable consumer that life insurance on the loan is optional. What is equally objectionable is that TMMI has entered into an exclusive arrangement with one life insurer to provide the coverage. Hence, there is no presumption that the McKeens were being offered the best rate.

[61] Putting aside breaches of the obligation to make full disclosure with respect to various finder’s fees, it is equally clear that TMMI breached other obligations. The record confirms that this mortgage broker did not approach a number of lenders with respect to securing the best loan terms for the McKeens. What the record supports is the understanding that TMMI went to First National for the simple reason that the finder’s fee would be greater than that available from other lenders because of the volume of business TMMI had generated for First National in the past. In short, the evidence supports the argument that TMMI was acting in its own best interests at the expense of the McKeens.

[62] Applying s. 5(1) of the *Law Reform Act*, I am not prepared to hold that TMMI’s enforcement of the two clauses in question would be reasonable having regard to the totality of the surrounding circumstances. There are simply too many reasons favouring non-enforcement. In truth, this case could have been decided without reference to s. 5(1). The general rule is that an agent cannot claim compensation for work undertaken in breach of one’s common law obligations. This is true irrespective of any clause in the contract which provides for payment of a fixed sum for work done on behalf of the principal and it matters not whether the clause is deemed a penalty or liquidated damages clause.

VI. Disposition

[63] I would allow the appeal, set aside the judgment rendered in the Court of Queens Bench and dismiss the respondents' action against the appellants. Pursuant to Rule 59.01(2)(a) and 59.02(d) of the *Rules of Court*, I would award the appellants costs of \$7,500 at trial and \$2,500 on appeal, plus disbursements throughout.

LE JUGE ROBERTSON

I. Introduction

[1] La présente affaire porte sur la distinction qu'il convient d'établir entre une clause pénale et une clause de dommages-intérêts liquidés, aussi bien en common law qu'en vertu du par. 5(1) de la *Loi sur la réforme du droit*, L.N.-B. 1993, chap. L-1.2. Les étudiants en droit apprennent tôt que la common law permet aux parties contractantes de prévoir le paiement d'une somme déterminée en cas de rupture du contrat. La stipulation sera déclarée inexécutoire si elle est qualifiée de clause « pénale » plutôt que de clause de « dommages-intérêts liquidés ». À son tour, une clause sera déclarée clause pénale si, par suite d'une juste interprétation et eu égard aux circonstances de l'espèce, la somme prédéterminée ne constitue pas une [TRADUCTION] « véritable évaluation des dommages-intérêts ». Au Nouveau-Brunswick, cependant, les parties doivent en outre tenir compte du par. 5(1), lequel dispose : « Une partie à un contrat peut faire exécuter une clause pénale ou une clause de dommages-intérêts liquidés dans la mesure où il est raisonnable selon toutes les circonstances que cette clause devrait être exécutée. » Notre Cour doit décider, notamment, si l'article 5 constitue soit un changement substantiel apporté à la common law, soit la codification de principes existants.

[2] Le contexte est important. Le cadre factuel en l'espèce révèle que l'activité commerciale que représente le courtage hypothécaire n'est toujours pas réglementée au Nouveau-Brunswick. En bref, une courtière hypothécaire, The Mortgage Makers Inc. (« TMMI »), est parvenue à négocier pour un mari et sa femme (« les McKeen ») un refinancement hypothécaire de l'ordre de 280 000 \$. En contrepartie de la négociation du prêt hypothécaire, les McKeen ont signé deux contrats. En vertu du premier contrat, ils ont accepté de payer à la courtière hypothécaire un dédit de 3 500 \$ (1,25 %). Cette somme était payable même si le couple devait décider par la suite de ne pas se prévaloir du refinancement hypothécaire. Pour plus de précision, le contrat

reconnaissait que les frais de courtage constituaient des [TRADUCTION] « dommages-intérêts estimés d'avance » et non une « pénalité ». Dans le second contrat, signé le même jour que le premier, les McKeen promettaient de verser à la courtière hypothécaire la somme additionnelle de 5 600 \$ dans l'éventualité où ils refuseraient de donner suite au refinancement hypothécaire. Encore une fois, il était déclaré que la somme convenue ne constituait pas une pénalité. Au bout du compte, les McKeen ont décidé de ne pas procéder au refinancement et TMMI a rapidement intenté contre eux une poursuite au montant de 9 100 \$. Au procès, le couple a appris que, s'il avait contracté le refinancement, la courtière hypothécaire aurait reçu de l'établissement financier qui avait accepté d'avancer les fonds hypothécaires une « commission d'intermédiaire » de 5 600 \$ (soit 2 % de 280 000 \$). Le juge du procès a conclu que le par. 5(1) de la *Loi* constituait une codification de principes de common law, sauf que le fardeau de preuve incombait maintenant à la partie qui invoquait la clause pour établir qu'elle ne constituait pas une clause pénale. En common law, la charge de la preuve pèse sur la partie qui cherche à éviter l'effet de cette clause. Puis, le juge du procès, concluant que la demande qui s'élevait à 9 100 \$ (3,25 %) n'était ni extravagante ni excessive, a donné gain de cause à TMMI. Selon lui, n'était la rupture du contrat, TMMI aurait mérité ce montant pour avoir assuré la prestation de ses services.

[3] À mon humble avis, l'appel doit être accueilli. Le par. 5(1) de la *Loi* modifie fondamentalement la common law au titre de la force exécutoire des clauses pénale et de dommages-intérêts liquidés. Bien que l'on dise souvent que les règles de droit ne protégeront pas les parties contractantes contre les marchés imprudents ou inconsidérés, le par. 5(1) prévoit une façon plus efficace de traiter d'une clause contractuelle qui s'avère tout simplement « inéquitable » ou « déraisonnable ». Il n'y a rien dans la demande de 9 100 \$ qui appuie une conclusion de « raisonabilité » une fois que sont précisées toutes les circonstances pertinentes.

[4] En bref, la décision des McKeen d'accepter le refinancement négocié par TMMI a constitué une décision mal fondée qui a profité à tout le monde sauf à eux. Il est vrai que la négociation de refinancement aurait réduit leur endettement mensuel, qui

serait passé de 2 700 \$ à une somme se chiffrant entre 1 800 ou 1 600 \$, tout en offrant un taux d'intérêt concurrentiel. Toutefois, à l'aide d'un microscope juridique, nous apprenons aussi que le coût immédiat du prêt aurait été supérieur à 15 500 \$. Ajoutés aux honoraires d'avocat, il faut compter des frais de courtage de 3 500 \$, une prime unique d'assurance prêt hypothécaire (16 000 \$) et une pénalité d'intérêt pour remboursement anticipé d'une hypothèque existante (6 000 \$). Ces frais auraient été déduits du produit du prêt hypothécaire, d'où un manque à gagner venu le moment d'éteindre la dette en souffrance pour laquelle le refinancement était initialement sollicité. Tout cela s'est fait sans que le couple ne rencontre jamais sa courtière hypothécaire et n'ait jamais eu au préalable de discussion ni obtenu de divulgation concernant les frais de courtage, l'existence d'une commission d'intermédiaire et, à la limite, le coût réel de l'emprunt. Quant à la possibilité de profiter d'un avis juridique indépendant, c'est la courtière hypothécaire qui a désigné l'avocat qui représenterait le couple, mais celui-ci n'a été consulté qu'après la signature des contrats. Le fait que dans son exposé de la demande la courtière hypothécaire n'a pas présenté de demande en *quantum meruit* est également significatif. Pareille demande eût exigé de TMMI qu'elle révélât aussi bien le nombre d'heures réel qu'elle avait consacré à la négociation du refinancement que les dépenses qu'elle avait engagées à ce sujet.

[5] Au procès, les McKeen ont invoqué l'« iniquité » comme moyen de défense à l'action, mais le juge du procès s'est abstenu de statuer sur la question. Comme il apparaîtra, le critère de la « raisonnable » énoncé au par. 5(1) de la *Loi sur la réforme du droit* et celui de l'« iniquité » tel qu'il est compris et appliqué par la common law font double emploi. Toutefois, une objection plus fondamentale peut faire obstacle à la demande que présente TMMI pour que le montant des dommages-intérêts soit égal aux commissions qu'elle aurait pu recevoir, n'était le défaut des McKeen d'honorer le contrat qu'ils ont passé avec la prêteuse hypothécaire mise en cause. TMMI a violé ses obligations juridiques à titre de mandataire agissant pour le compte de son mandant en ne divulguant pas aux McKeen l'existence de la commission d'intermédiaire. Sans divulgation préalable, le droit classe la commission au rang d'une « commission secrète ». Par conséquent, il importe peu que nous ayons affaire à une clause pénale ou à

une clause de dommages-intérêts liquidés. TMMI n'a droit à aucune rémunération et, corrélativement, à aucuns dommages-intérêts, qu'ils soient évalués à la lumière des principes de common law ou au regard du contrat qu'elle a passé avec les McKeen. À vrai dire, la présente affaire aurait pu être tranchée indépendamment du par. 5(1).

II. Les faits et la décision dont appel

[6] Les appelants, Randy et Sharon McKeen, étaient profondément endettés lorsque la courtière hypothécaire intimée, The Mortgage Makers Inc., a communiqué avec eux pour la première fois. Leur maison était grevée de deux hypothèques. La première était d'une valeur nominale de 295 000 \$, le taux d'intérêt étant de 6,6 % et le paiement mensuel, de 1 300 \$. Le capital dû sur cet emprunt hypothécaire était de 202 000 \$ et la durée du prêt hypothécaire devait venir à échéance dans six mois environ. La deuxième était d'une valeur nominale de 25 000 \$, alors que la créance impayée avait grimpé à 31 000 \$. Le taux d'intérêt fixe était de 15,99 % et le paiement mensuel, de 465 \$. Au total, les McKeen devaient 233 000 \$ au titre des deux hypothèques. Leur paiement hypothécaire mensuel s'élevait en tout à 1 765 \$. De plus, ils devaient supporter une obligation de 33 000 \$ en dette à la consommation (marge de crédit et cartes de crédit). Le paiement mensuel minimum sur cette dette était d'environ 1 000 \$. En somme, leur endettement mensuel s'élevait à 2 765 \$. Leur revenu net était d'à peu près 3 700 \$. Randy McKeen gagnait 49 000 \$ par année. Sa paie mensuelle nette était de 2 400 \$. Sharon recevait une pension d'invalidité de 30 000 \$ (soit 2 500 \$ par mois).

[7] Angela Chamberlain occupe le poste de directrice commerciale de TMMI, maison de courtage établie à Moncton et dotée d'une trentaine de courtiers. L'intimé (demandeur) Andrew Libby est propriétaire de TMMI. Le 15 février 2007, Sharon McKeen a reçu un appel téléphonique d'Angela Chamberlain : elle voulait savoir si le couple était intéressé à refinancer sa dette. C'était là le premier contact des McKeen avec M^{me} Chamberlain. La raison pour laquelle elle a appelé les McKeen se trouve dans le témoignage de M. Libby. Les courtiers hypothécaires, a-t-il dit, attirent la clientèle, entre autres moyens, par des « sollicitations à froid » aux consommateurs titulaires

d'hypothèques dans des établissements financiers qui demandent généralement des taux d'intérêts élevés. Ces consommateurs sont identifiés par des recherches en ligne de documents déposés dans le registre foncier de Service Nouveau-Brunswick. La deuxième hypothèque des McKeen, dont le taux d'intérêt était de 15,99 %, a suffi pour déclencher d'autres recherches, lesquelles ont mené à l'appel téléphonique qu'ils ont reçu chez eux.

[8] M. Libby a ajouté que chaque opération produit trois sortes de recettes : (1) les frais de courtage que paie le client, (2) les honoraires proportionnels (la commission d'intermédiaire) que paie l'établissement financier qui avance les fonds hypothécaires et (3) une autre commission d'intermédiaire que paie un assureur dans le cas où le client souscrit une assurance vie sur le prêt hypothécaire (soit 1 % de la valeur nominale de la police). Il a expliqué, en outre, que TMMI a accès à cinquante prêteurs par l'entremise d'une base de données électronique. De leur côté, ces prêteurs versent à TMMI une commission d'intermédiaire calculée en fonction de plusieurs facteurs, dont le volume d'affaires produit antérieurement au profit du prêteur. Selon M. Libby, compte tenu du volume d'affaires produit au profit de la Financière First National, la prêteuse qui devait consentir aux McKeen le prêt nécessaire, TMMI recevrait une commission d'intermédiaire plus élevée (soit de 0,4 %).

[9] Les McKeen n'ont jamais rencontré personnellement qui que ce soit travaillant à TMMI, y compris M^{me} Chamberlain. Le contact personnel n'était pas vraiment nécessaire : tout se faisait par téléphone ou par télécopieur. Les McKeen ont fourni volontiers à M^{me} Chamberlain leurs numéros d'assurance sociale pour faciliter la vérification auprès du bureau de crédit et les deux consommateurs ont fourni des documents attestant leurs revenus respectifs et les détails se rapportant à leurs dettes à la consommation. La demande de prêt hypothécaire indiquait que la maison valait 305 000 \$. Personne n'a cherché à obtenir une évaluation, y compris l'assureur hypothécaire (la SCHL). M. McKeen a mis en doute la valeur déclarée vu le fait qu'en 2006 il n'avait pas pu vendre le bien pour 250 000 \$.

[10] Autour du 15 mars 2007, M^{me} Chamberlain a informé les McKeen qu'un refinancement avait été négocié avec la Financière First National établie à Toronto. La lettre d'engagement de prêt hypothécaire, datée du 13 mars 2007, indiquait que le capital du prêt était de 280 000 \$ pour une durée de dix ans, amorti sur une période de trente ans, à un taux d'intérêt de 5,64 %. Des 280 000 \$, 6 000 \$ étaient destinés à la SCHL, qui fournissait l'assurance prêt hypothécaire. La lettre d'engagement ajoutait qu'une prime mensuelle d'assurance vie de 244 \$ serait payée en sus du paiement hypothécaire mensuel de 1 600 \$, pour un total de 1 844 \$. On ne sait pas avec certitude si la souscription d'une assurance vie constituait une option devant faire l'objet de discussion au moment de la conclusion de l'opération financière. Dans son témoignage, M. McKeen a déclaré que M^{me} Chamberlain lui a dit que l'assurance vie était obligatoire. M^{me} Chamberlain a témoigné qu'elle n'avait pas fait cette assertion à M. McKeen. Elle avait compris que la prime aurait pu faire l'objet d'une renonciation au moment de la conclusion de l'opération. Le juge du procès ne s'est pas prononcé sur ce point.

[11] Une autre question a toutefois été passée sous silence dans la lettre d'engagement. La mainlevée de la première hypothèque existante donnait lieu à une pénalité pour remboursement anticipé correspondant à six mois d'intérêt, qui justement était égale au reste de la durée de l'hypothèque. Une estimation approximative fixe l'intérêt sur le remboursement anticipé à 6 000 \$ environ (soit 200 000 \$ à 6 % x ½). Au bout du compte, les McKeen devaient souscrire une hypothèque de 280 000 \$ pour pouvoir acquitter leur dette de 266 000 \$. De ce montant, 6 000 \$ allaient à la SCHL, la même somme permettait de régler les frais de l'intérêt sur le remboursement anticipé et 3 500 \$ payaient les frais de courtage. Au total, il en coûterait aux McKeen 15 500 \$ pour refinancer leur dette, sans compter les honoraires d'avocat. Ces dépenses auraient entraîné un manque à gagner le moment venu de purger les deux hypothèques existantes.

[12] Les McKeen ont signé l'engagement de prêt hypothécaire le 15 mars 2007. Le même jour, ils ont aussi passé deux autres documents. Le premier, portant l'en-tête de la maison TMMI, est intitulé [TRADUCTION] « Lettre d'instructions ». Directement sous cet en-tête se trouvent les mots [TRADUCTION] « Convention de frais

de courtage ». La lettre indique que, en contrepartie de la négociation du financement, les McKeen conviennent d'acquitter des frais de courtage hypothécaire de 3 500 \$ et donnent pour instruction à leur avocat de prélever ces frais de courtage sur le produit du prêt hypothécaire. Voici la phrase qui forme le paragraphe suivant :

[TRADUCTION]

Pour le cas où nous déciderions de ne pas souscrire cet emprunt hypothécaire, The Mortgage Makers Inc. maintiendra l'intégralité de ses frais de courtage, dont nous reconnaissons qu'ils sont des dommages-intérêts estimés d'avance, et non une pénalité de quelque nature que ce soit.

[13] Le deuxième contrat signé porte aussi l'en-tête de la maison TMMI et est simplement intitulé [TRADUCTION] « Convention ». Il prévoit que, s'ils refusent de procéder au financement hypothécaire ou s'ils renouvellent l'emprunt hypothécaire auprès de leur prêteur hypothécaire actuel, les McKeen :

[TRADUCTION]

[...] versent à [The Mortgage Makers Inc.], sans demande formelle, 5 600,56 \$, somme constitutive de dommages-intérêts liquidés estimés d'avance, négociés et véritables, payés en réparation des dommages subis par TMMI du fait qu'elle a rendu les services susmentionnés aux clients, et somme dont les parties conviennent qu'elle ne doit être, ni réputée, ni interprétée, comme une pénalité imposée aux clients pour leur défaut. IL DEMEURE ENTENDU que, si les clients contractent un financement hypothécaire par l'entremise de TMMI, il ne leur sera facturé aucun coût. [...]

[14] Peu de temps après avoir retourné à M^{me} Chamberlain les documents signés, M^{me} McKeen a réglé une poursuite pendante et reçu une somme d'argent de sorte que le refinancement n'était plus nécessaire. M. McKeen a offert d'obtenir le financement de l'emprunt hypothécaire par l'entremise de TMMI au moment où viendrait le temps de renouveler leur première hypothèque existante grevant leur maison, soit dans six mois environ. Il a offert aussi de payer tous les frais que TMMI avait engagés. M^{me} Chamberlain a refusé l'offre, donnant plutôt aux McKeen le choix ou bien de

procéder au financement et d'affecter les fonds du règlement à la purge de l'hypothèque, ou bien de renégocier en vue d'obtenir un montant de prêt hypothécaire moins élevé. Ayant rejeté ces deux options, les McKeen ont été poursuivis en justice.

[15] La décision du juge du procès est maintenant publiée à 339 R.N.-B. (2^e) 215, [2008] A.N.-B. n^o 380 (QL), 2008 NBBR 327. Après avoir cité le par. 5(1) de la *Loi sur la réforme du droit*, le juge du procès examine les arrêts de principe et les commentaires doctrinaux qui se trouvent dans les ouvrages canadiens et qui analysent les règles de droit relatives à la qualification d'une clause contractuelle en tant que clause pénale ou clause de dommages-intérêts liquidés. Il conclut que le par. 5(1) [TRADUCTION] « paraît codifier des principes de common law existants », sauf quant à la charge de la preuve. En common law, le fardeau échoit à la partie qui entend éviter l'effet de ce que l'on prétend constituer une clause pénale qui s'avère [TRADUCTION] « inique ou extravagante ». Le juge du procès statue que, suivant la disposition législative en question, le fardeau pèse maintenant sur la partie qui invoque la clause pour établir qu'elle est « raisonnable ». Ce qui le conduit à formuler la question de droit comme suit : [TRADUCTION] « Notre Cour est appelée à déterminer si les deux conventions sont extravagantes et, de ce fait, iniques. » Plus loin dans ses motifs, il fait correspondre implicitement au [TRADUCTION] « caractère raisonnable » [TRADUCTION] l'« extravagance » et [TRADUCTION] l'« iniquité ». Le raisonnement final qui lui permet de donner gain de cause à TMMI se résume dans le passage suivant :

[TRADUCTION]

La preuve établit que les défendeurs ont signé ces deux conventions. M. McKeen a indiqué que le prêt hypothécaire obtenu par The Mortgage Makers avait été une bouée de sauvetage, vu les importantes difficultés financières que M^{me} McKeen et lui connaissaient à l'époque. La preuve établit également que le montant de 5 600,56 \$ correspond à la perte que The Mortgage Makers a subie du fait de la non-passation du prêt hypothécaire qu'elle avait négocié. Ainsi, quand la somme serait bel et bien une pénalité, les demandeurs n'en auraient pas moins établi qu'elle correspond à leur perte ou à des dommages liquidés réels. La convention appelle frais de courtage la somme de

3 500 \$. Compte tenu du montant du prêt hypothécaire, cette somme semble raisonnable dans les circonstances, puisqu'elle équivaut à environ 1,5 % de la valeur du prêt. Par conséquent, j'estime que les demandeurs ont établi que les deux conventions sont raisonnables selon toutes les circonstances.
[par. 33]

[16] À première vue, le raisonnement du juge du procès et le résultat auquel il parvient sont dignes d'intérêt. N'était le contrat que les McKeen ont passé avec First National et qu'ils ont rompu, TMMI aurait reçu 9 100 \$. L'effet cumulatif des deux contrats est que les McKeen ont accepté de payer des dommages-intérêts égaux à la perte réelle de la courtière (je suppose ici que les frais de courtage de 1,25 % constituent *prima facie* une somme raisonnable). Le montant réclamé ne constitue pas seulement une véritable évaluation anticipée de la perte de TMMI, mais il représente aussi une estimation exacte. Ce qui ne règle pas pour autant la question. Nous devons décider si le juge du procès a bien interprété l'art. 5 de la *Loi sur la réforme du droit*. Par ailleurs, les McKeen ont plaidé et fait valoir que les contrats dont s'agit sont inexécutoires au regard des principes de la théorie de l'iniquité. Le juge du procès n'a pas examiné cet argument, statuant plutôt que le montant réclamé n'était ni extravagant ni excessif.

III. Les principes et les règles de common law

[17] On ne peut traiter de l'objet législatif que met en évidence le par. 5(1) de la *Loi sur la réforme du droit* sans examiner d'abord les principes et les règles de common law applicables aux clauses pénales. Voici un aperçu synoptique et sommaire des principes et des grands arrêts de ce domaine du droit.

[18] Il convient de le répéter, un contrat peut prévoir le paiement d'une somme prédéterminée sanctionnant sa rupture. Ces clauses permettent à une partie de connaître à l'avance l'étendue de sa responsabilité tout en évitant les questions difficiles concernant l'évaluation des dommages et l'éloignement de ces derniers. Par ailleurs, les tribunaux sont réticents à permettre à une partie de recouvrer une somme qui s'avère

considérablement plus élevée que la perte réelle. La clause que l'on range dans cette catégorie est qualifiée de clause pénale et réputée inexécutoire, mais abandonne à la partie innocente le droit de ne recouvrer que le montant réel de la perte résultant de la rupture. En revanche, la disposition qui représente une véritable évaluation anticipée des dommages découlant de la rupture est qualifiée de clause de dommages-intérêts liquidés et réputée exécutoire. La qualification que les parties ont choisie pour la clause peut s'avérer pertinente, mais elle n'est jamais déterminante. Inévitablement, chacun s'en remet aux motifs que lord Dunedin énonce dans l'arrêt *Dunlop Pneumatic Tyre Company, Ltd. c. New Garage and Motor Co., Ltd.* (1914), [1915] A.C. 79 (Ch. des lords), à l'appui de ces propositions (quatre séries de motifs concordants ont alors été rendues).

[19] Selon lord Dunedin, est pénale la clause qui prévoit [TRADUCTION] « le paiement d'une somme stipulée *in terrorem* contre la partie fautive » (p. 86). En d'autres termes, si la clause devait servir de moyen de dissuasion visant à empêcher la violation, c'est alors une clause pénale. Si, en revanche, elle représente une tentative véritable des parties d'évaluer d'avance la perte qui résultera de la violation, elle sera déclarée constituer une clause de dommages-intérêts liquidés, même si la somme prédéterminée n'équivaut pas précisément à la perte subie par la partie innocente.

[20] Il est dit également que la question de savoir si une clause est une clause pénale ou une clause de dommages-intérêts liquidés dépend de l'interprétation donnée à la clause et des circonstances prévalant au moment de contracter et non au moment de la violation. En plus de confirmer le bien-fondé du critère de la [TRADUCTION] « véritable évaluation anticipée du préjudice », lord Dunedin énonce quatre règles d'interprétation : (1) la clause sera déclarée constituer une clause pénale si la somme prédéterminée est [TRADUCTION] « extravagante et exorbitante en comparaison de la plus grande perte qui pourrait concevablement être prouvée comme conséquence de la violation » (p. 87), (2) si l'obligation contractuelle consiste à payer une somme déterminée à une date donnée et qu'il y a défaut à cet égard, l'obligation de payer une somme plus élevée sera réputée constituer une pénalité, (3) il y a présomption qu'une

clause constitue une clause pénale quand [TRADUCTION] « une seule somme forfaitaire est payable lorsque surviennent un ou plusieurs événements, dont certains pourraient occasionner un préjudice grave, alors que d'autres n'entraîneraient qu'un dommage insignifiant » (p. 87, citant lord Watson dans l'arrêt *Lord Elphinstone c. Monkland Iron and Coal Co.* (1886), 11 App. Cas. 332), et (4) [TRADUCTION] « le fait que la nature des conséquences de la violation rend presque impossible d'établir une évaluation anticipée qui soit précise n'empêche pas de conclure que la somme prédéterminée constituait une véritable évaluation anticipée du préjudice » (p. 87 et 88). Relativement au droit en vigueur en Angleterre, se reporter de façon générale à Edwin Peel, *The Law of Contract*, 12^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2007, aux pages 1074 à 1079.

[21] Peu d'ouvrages de doctrine analysent les faits qui sous-tendent la décision *Dunlop*, mais ils nous renseignent sur les difficultés que rencontrent les tribunaux quand ils traitent de ce qui est souvent présenté comme une formulation classique de la règle de droit. *Dunlop*, la demanderesse, était une fabricante de pneus qui fournissait des pneus et des produits connexes à des grossistes, lesquels, à leur tour, revendaient les produits aux détaillants. Les grossistes agissaient en qualité de mandataires de *Dunlop* en obtenant une convention de régime de prix imposés, contrat en vertu duquel les détaillants convenaient avec elle de ne pas vendre les produits à des prix inférieurs aux prix fixés. Selon la convention, chaque détaillant acceptait de payer 5 £ à titre de dommages-intérêts liquidés pour chaque article qu'il vendait à un prix inférieur au prix fixé. Le détaillant a, de fait, vendu une doublure de pneu au prix de 3 £ plutôt qu'au prix de 4 £ indiqué dans la convention de régime de prix imposés. La majorité de la Cour d'appel a conclu que l'obligation de payer 5 £ pour chaque violation constituait une clause pénale.

[22] La Chambre des lords a infirmé à l'unanimité la décision de la Cour d'appel. Lord Dunedin a conclu que, puisqu'il serait impossible de prévoir le préjudice en ne considérant la vente que d'un seul article, il devenait tout à fait raisonnable pour les parties d'évaluer la perte découlant d'une violation. *Dunlop* faisait valoir que, dès que les autres détaillants apprendraient que le prix était diminué, ils feraient de même et qu'il devenait alors impossible d'évaluer la perte résultant d'une violation en particulier. Selon

lord Atkinson, la diminution de prix causerait un préjudice grave aux intérêts commerciaux de Dunlop, [TRADUCTION] « gênerait son système de distribution » (p. 96), rendant par conséquent difficile la tâche d'estimer les dommages-intérêts. Sa Seigneurie a clos ses motifs en faisant observer que la clause attaquée ne comportait rien [TRADUCTION] « de déraisonnable, d'inique ou d'extravagant » (p. 97). Lord Parker a conclu que [TRADUCTION] « rien ne justifiait la Cour de refuser de donner effet à ce marché » (p. 99). Lord Parmoor a statué que [TRADUCTION] « pour que l'on puisse justifier une intervention, il doit y avoir une disproportion extravagante entre la somme convenue et le montant de tout dommage pouvant être estimé d'avance » (p. 101). Il a terminé l'énoncé de ses motifs en déclarant : [TRADUCTION] « Les parties ont adopté une démarche sage et prudente, vu la nature du contrat et l'impossibilité pratique d'évaluer les dommages-intérêts avec exactitude » (p. 105).

[23] Il est trop tard pour soutenir la thèse selon laquelle l'arrêt *Dunlop* milite en faveur de l'assertion voulant qu'il soit permis aux parties de convenir d'une clause pénale dans les cas où l'évaluation des dommages-intérêts est impraticable et où les intérêts commerciaux légitimes de la partie innocente seraient gravement mis en péril sans une telle clause. Corrélativement, on pourrait prétendre qu'il y a exagération judiciaire à persister à croire que la somme fixe à payer dont s'agit dans l'arrêt *Dunlop* n'avait pas pour objet de produire un effet *in terrorem*. Évidemment, l'affaire *Dunlop* serait tranchée différemment de nos jours. Les conventions de régime de prix imposé s'avèrent incompatibles tant avec les principes qui gouvernent notre société de consommation qu'avec nos lois fédérales.

[24] L'arrêt *Dunlop* n'a pas examiné la question de fond suivante : Pourquoi ne pas assurer l'exécution des clauses pénales dans les cas où il n'existe ni inégalité de pouvoir de marchandage ni motifs justifiant une conclusion d'iniquité ou de déraisonnabilité? L'inexécution des clauses pénales ne constitue-t-elle pas une atteinte flagrante au droit des parties à la liberté contractuelle? Ce sont là des questions que l'arrêt *Dunlop* n'avait pas à envisager puisque la théorie de l'iniquité ne s'était pas encore

enracinée dans le droit anglais. Notre Cour suprême finira par s'attaquer à ces questions, mais sa jurisprudence n'est pas tout à fait constante.

[25] Notre Cour suprême a rendu trois décisions qui traitent de la question de la clause pénale et de la clause de dommages-intérêts liquidés. La première a été tranchée dans les mois qui ont suivi la publication de la décision que la Chambre des lords a rendue dans l'arrêt *Dunlop*. Dans l'arrêt *Canadian General Electric Co. c. Canadian Rubber Co.* (1915), 52 R.C.S. 349, [1915] A.C.S. n° 58 (QL), elle a adopté l'approche choisie dans l'arrêt *Dunlop* en définissant la pénalité [TRADUCTION] « comme constituant le paiement d'argent prédéterminé pour rupture du contrat, indépendamment du préjudice subi », tout en qualifiant l'essence de la clause de dommages-intérêts liquidés de [TRADUCTION] « véritable évaluation anticipée des dommages-intérêts » (p. 351). Les faits de l'affaire *Canadian Rubber* sont tout aussi révélateurs que ceux de l'affaire *Dunlop*. Dans cette espèce, la demanderesse avait accepté d'approvisionner la défenderesse en moteurs, en génératrices et en tableaux de contrôle. Elle avait accepté aussi de payer la somme de 25 \$ par jour pour chaque article qui ne serait pas livré à temps, convenant que ce montant serait déduit du prix contractuel à titre de dommages-intérêts liquidés. Le prix contractuel s'élevait à 33 000 \$. La demanderesse avait été en défaut de livraison pendant 582 jours avant de livrer enfin le matériel. La défenderesse acheteuse a concédé qu'elle était fautive pour certains des retards et a volontairement réduit le nombre de jours de retard de 582 à 460. Quand la demanderesse l'a poursuivie pour le montant du contrat, la défenderesse a déduit la somme de 11 500 \$ du prix contractuel de 33 000 \$. Les cours supérieures du Québec se sont rangées à la prétention de la défenderesse selon laquelle la clause en question était exécutoire. Ces décisions ont été confirmées par la Cour suprême, dont la majorité n'a pas établi de distinction de fond entre la common law anglaise et le Code civil du Québec. Le juge en chef a invoqué l'arrêt *Dunlop* et cité sir George Jessel dans l'arrêt *Wallis c. Smith* (1882), 21 Ch. D. 243, à la page 266, où il a conclu ainsi : [TRADUCTION] « Les tribunaux ne devraient pas écarter une intention clairement exprimée au motif que les juges connaissent mieux l'activité des gens que les gens eux-mêmes » (p. 353). Pour sa part, le juge Davis a conclu en ces termes : [TRADUCTION] « Une fois qu'il est établi que les

dommages-intérêts constituent une véritable estimation d'avance des dommages-intérêts liquidés et qu'ils ne s'avèrent pas excessifs, je ne vois pas pourquoi ils ne devraient pas être plaidés en réponse à la demande que présente le demandeur pour le prix de l'article vendu » (p. 356).

[26] Comme dans l'arrêt *Dunlop*, on peut faire valoir que l'obligation dont s'agit dans l'arrêt *Canadian Rubber* de payer des frais quotidiens de 25 \$ pour livraison tardive visait à produire un effet *in terrorem* sur la demanderesse pour l'inciter à se conformer à ses obligations contractuelles. J'en conviens, la tâche d'évaluer les dommages-intérêts pour livraison tardive des articles contractuels aurait pu s'avérer impraticable. Si tel est le cas, le véritable motif pour lequel il y a lieu d'assurer l'exécution de la clause de dommages-intérêts prédéterminés est qu'il n'y a rien de fondamentalement répréhensible à donner effet à une pareille clause dans les cas où les parties sont en mesure de veiller à leurs intérêts commerciaux respectifs. Dans ces circonstances, pourquoi la clause des dommages-intérêts ne devrait-elle pas être exécutée, peu importe qu'elle soit qualifiée de clause pénale ou de clause de dommages-intérêts liquidés?

[27] Les deux autres décisions de la Cour suprême ont fait l'objet de nombreux commentaires et de critiques en raison de leurs interprétations divergentes de ce domaine du droit. La première qui a été tranchée était l'arrêt *H. F. Clarke Limited c. Thermidaire Corp. Ltd. (1974)*, [1976] 1 R.C.S. 319, [1976] A.C.S. n° 151 (QL). Dans cette affaire, H. F. Clarke Ltd. avait été nommée distributrice exclusive des produits de Thermidaire Corp. Après que le contrat a été résilié, Clarke a commencé à vendre les produits appartenant aux concurrents de Thermidaire en violation d'une clause contractuelle. Le contrat prévoyait également que Clarke paierait à Thermidaire des dommages-intérêts liquidés d'un montant égal aux « bénéfices bruts d'exploitation » réalisés par la vente des produits concurrents. En se servant de cette formule, les dommages-intérêts s'élèveraient à 200 000 \$. Si, toutefois, on se servait de la formule des « bénéfices nets d'exploitation », ils ne seraient plus que de 92 000 \$. Le juge du procès a conclu que la clause contractuelle était commerciale et raisonnable. La Cour d'appel de l'Ontario s'est

dite d'accord et a statué que la formule représentait une tentative véritable des parties d'évaluer d'avance la perte du mieux qu'elles le pouvaient compte tenu de leur connaissance particulière des circonstances.

[28] Dans l'arrêt *Clarke*, la majorité de la Cour suprême n'a pas souscrit aux conclusions des tribunaux d'instance inférieure et a accueilli l'appel. Rédigeant l'arrêt des trois juges formant la majorité, le juge en chef Laskin a formulé plusieurs observations critiques concernant les principes directeurs. Il a d'abord décidé que, si l'affaire devait être tranchée sur le seul fondement de ce que les parties entendaient faire, on ne pourrait s'opposer au résultat auquel les tribunaux d'instance inférieure étaient parvenus, ajoutant que l'intention des parties n'était pas déterminante. Ensuite, il a conclu que, bien que les parties puissent toujours estimer d'avance la perte future du fait d'une violation, cette estimation anticipée ne peut être soustraite au pouvoir des tribunaux d'en apprécier le caractère raisonnable eu égard aux circonstances. Sa troisième conclusion appuyait la proposition selon laquelle le caractère raisonnable de l'estimation ne doit pas être apprécié en fonction de la date de la formation du contrat, mais de la date à laquelle la violation s'est produite. Enfin, il a énoncé la raison de principe qui justifie l'intervention judiciaire, savoir pour empêcher les parties d'écarter la compétence qui permet aux tribunaux de décider non seulement s'il y a eu violation, mais également quels dommages-intérêts peuvent être recouverts. Les juges dissidents dans l'arrêt *Clarke* (soit les juges Martland et Dickson) ont adopté la démarche audacieuse consistant à se contenter de se ranger aux motifs du juge d'appel Brooke à la Cour d'appel. Pour une analyse critique et perspicace de la décision que la Cour suprême a rendue dans l'arrêt *Clarke* et dans ce domaine du droit, se reporter de façon générale à l'ouvrage d'Angela Swan, *Canadian Contract Law*, 2^e édition, Markham, Ontario, LexisNexis, 2009, aux pages 834 à 839.

[29] Il faudra attendre quatre ans de plus avant que la Cour suprême ait l'occasion de traiter de la question de la clause pénale et de la clause de dommages-intérêts liquidés (quoique le contexte en l'espèce fût plus étroit). Dans l'arrêt *Elsley c. J. G. Collins Ins. Agencies*, [1978] 2 R.C.S. 916, [1978] A.C.S. n° 47 (QL), la

défenderesse avait conclu un contrat comportant une clause restrictive selon laquelle elle n'entrerait pas en concurrence avec la société demanderesse pendant une période de cinq ans après la résiliation de leur contrat d'emploi. En fait, elle a établi sa propre entreprise. Le contrat stipulait que, sur violation de la clause de non-concurrence, des dommages-intérêts de 1 000 \$ seraient payables. Au procès, la demanderesse a demandé que le contrat soit rectifié par l'adjonction des mots [TRADUCTION] « pour chaque violation », mais la mesure réparatoire a été refusée pour manque de preuve (l'avocat auteur du contrat étant décédé). Force est de constater que, sans rectification, la clause constituait beaucoup plus une clause de limitation de responsabilité qu'une clause pénale.

[30] Hormis l'octroi d'une injonction visant à prévenir d'autres violations de la clause de non-concurrence, la demanderesse dans l'affaire *Elsley* a sollicité des dommages-intérêts. Ayant conclu que la demanderesse pouvait obtenir aussi bien une injonction que des dommages-intérêts, la Cour suprême s'est employée à décider si les dommages-intérêts réclamés se limitaient à la somme de 1 000 \$ que prévoyait la teneur du contrat sous-jacent. Rédigeant l'arrêt d'une cour unanime, le juge Dickson a statué en ces termes :

[TRADUCTION]

Il est maintenant évident que le pouvoir d'annuler une clause pénale constitue une ingérence criante dans la liberté contractuelle et qu'il vise seulement à fournir un redressement contre l'oppression de la partie qui doit payer la somme convenue. Ce pouvoir n'existe pas s'il n'y a pas oppression. S'il s'avère que le préjudice réel excède la peine, les règles normales d'exécution des contrats doivent s'appliquer pour permettre le recouvrement de la somme convenue seulement. La partie qui impose la peine ne doit pas être en mesure de profiter de la force d'intimidation que peut avoir la clause pénale pour forcer l'exécution et ensuite la laisser de côté quand il s'avère avantageux de le faire. Une clause pénale doit servir à limiter les dommages-intérêts recouvrables, tout en restant sans effet pour augmenter les dommages-intérêts au-delà de la perte réelle subie quand cette dernière est inférieure au montant convenu. [...]
Évidemment, si une somme fixée est une clause valide de dommages-intérêts liquidés, le demandeur a droit, en

common law, de recouvrer cette somme indépendamment de la perte effectivement subie.

Dans le contexte de cette discussion sur l'étendue des dommages-intérêts, il ressort qu'une somme fixée, due en cas d'inexécution, représente le montant maximum qu'on peut obtenir qu'il s'agisse d'une clause pénale ou d'une clause valide de dommages-intérêts liquidés. [p. 937]

[31] Tous les commentateurs canadiens ont tenté de concilier ce qui a été dit et décidé dans l'arrêt *Clarke c. Thermidaire* et la déclaration du juge Dickson dans l'arrêt *Elsley* selon laquelle le pouvoir d'annuler une clause pénale constitue une ingérence criante dans la liberté contractuelle, pouvoir auquel il ne convient de recourir que pour fournir un redressement contre l'oppression (voir John D. McCamus, *The Law of Contracts*, Toronto, Irwin Law, 2005, aux pages 897 à 904, S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 5^e édition, Toronto, Canada Law Book Inc., 2005, aux paragraphes 449 à 462, et Swan, aux pages 834 à 839).

[32] La décision *Clarke* peut se réduire à la proposition étroite selon laquelle une clause stipulant un montant convenu de dommages-intérêts constitue la limite supérieure des dommages-intérêts recouvrables et il importe peu que la clause soit réputée clause pénale ou clause de dommages-intérêts liquidés. En d'autres termes, la clause produit ses effets aux fins de limiter au montant convenu au contrat la responsabilité du défendeur. Toutefois, si les dommages réellement subis sont inférieurs au montant prédéterminé, la distinction qui existe entre une clause pénale et une clause de dommages-intérêts liquidés conserve toute sa pertinence.

[33] Dans le cadre de mon exposé synoptique de la jurisprudence, j'examine les décisions pertinentes du Nouveau-Brunswick. Quatre décisions seulement ont été portées à notre attention. Trois d'entre elles se sont rendues jusqu'à notre Cour. Celle dont nous n'avons pas été saisis était l'affaire *Federal Business Development Bank c. Fredericton Motor Inn Ltd.* (1980), 32 R.N.-B. (2^e) 108 (C.B.R.), [1980] A.N.-B. n^o 241 (QL). Dans cette espèce, la banque demanderesse a accepté d'avancer à l'hôtel défendeur

la somme de 550 000 \$. Le contrat comportait une clause prévoyant que l'hôtel paierait des frais d'engagement de prêt hypothécaire de 5 000 \$ à titre de dommages-intérêts liquidés et non de pénalité dans l'éventualité où il déciderait de ne pas donner suite à l'opération de prêt. Le tribunal a statué que des frais d'engagement de prêt hypothécaire correspondant à 1 % du montant du prêt ne constituaient pas une clause pénale, mais une clause de dommages-intérêts liquidés. Dans une affaire subséquente, soit *Federal Business Development Bank c. Eldridge and Eldridge* (1986), 76 R.N.-B. (2^e) 399 (C.A.), [1986] A.N.-B. n^o 140 (QL), notre Cour a confirmé un jugement de première instance qui concluait que des frais d'engagement de prêt hypothécaire correspondant à 3 % du montant du prêt constituaient une pénalité. Selon le tribunal, quand la somme convenue est symbolique comparativement au prêt offert, le tribunal a le droit de présumer que le montant prédéterminé représente une véritable estimation d'avance des dommages-intérêts. Toutefois, quand les frais d'engagement de prêt hypothécaire ne sont pas symboliques, le montant sera réputé constituer une pénalité, sauf si le prêteur produit un élément de preuve établissant la manière dont il s'y est pris pour déterminer le montant. La banque n'étant pas parvenue à présenter pareille preuve, le paiement de 3 % a été réputé constituer une pénalité et être inexécutoire.

[34] La troisième décision qui a été portée à notre attention est l'arrêt *Lee et al. c. OCCO Developments Ltd.* (1996), 181 R.N.-B. (2^e) 241 (C.A.), [1996] A.N.-B. n^o 438 (QL). Dans cette affaire, M. Lee avait accepté d'acheter une unité condominiale au prix de 120 000 \$ et avait versé un acompte de 30 000 \$. Une clause prévoyant la confiscation de l'acompte dans l'éventualité d'une violation a été qualifiée de clause de dommages-intérêts liquidés. Notre Cour a confirmé la conclusion du juge du procès selon laquelle l'acompte constituait une véritable estimation d'avance des dommages-intérêts qui n'était un montant [TRADUCTION] « ni excessif ni déraisonnable » (paragraphe 38). Invoquant l'arrêt *Elsley*, notre Cour a par la suite statué que, même si la clause de dommages-intérêts liquidés était considérée comme correspondant à une pénalité, elle serait exécutoire. Eu égard aux circonstances, elle a estimé que l'exécution de la clause n'était pas inique. Bien que l'on puisse faire un parallèle entre les règles de droit régissant les pénalités et celles qui régissent les acomptes, on a dit que ces dernières sont plus

complexes parce que les situations dans lesquelles une partie peut chercher à conserver ce que l'autre partie a payé sont plus variées (voir Swan, à la page 841).

[35] La quatrième décision du Nouveau-Brunswick qui aborde la question de la clause pénale et de la clause des dommages-intérêts liquidés est l'arrêt *Béton Brunswick Ltée c. Martin* (1996), 176 R.N.-B. (2^e) 81 (C.A.), [1996] A.N.-B. n^o 41 (QL). Le défendeur avait convenu avec la demanderesse de ne pas lui faire concurrence dans le commerce du béton durant une période de cinq ans et de lui verser des dommages-intérêts liquidés de 25 000 \$ pour chaque violation de la clause restrictive. Au procès, il a admis avoir violé la clause restrictive à quatre reprises. En appel, il a prétendu que les 25 000 \$ payables pour chaque violation ne pouvaient être interprétés de telle sorte à s'appliquer à chaque vente de béton, mais qu'ils étaient plutôt payables relativement à chaque entreprise de béton qu'il avait mise sur pied. Rejetant cette interprétation de la clause, notre Cour a accordé des dommages-intérêts de 100 000 \$ relativement aux quatre violations. En parvenant à cette conclusion, elle a fait remarquer qu'aucune des deux parties n'avait fait valoir que la clause de dommages-intérêts liquidés aurait dû avoir été annulée parce qu'elle constituait une clause pénale.

[36] Il convient de formuler un dernier commentaire au sujet des deux dernières décisions que je viens d'examiner. Le par. 5(1) de la *Loi sur la réforme du droit* est entré en vigueur le 1^{er} juin 1994. Toutefois, en vertu du par. 5(4), il ne s'applique pas aux violations commises avant cette date. Dans ces deux affaires, les violations se sont produites bien avant cette date, ce qui explique pourquoi les deux décisions ne font aucune mention du par. 5(1).

[37] Comme on l'aura constaté, la règle de droit qui déclare qu'une clause contractuelle est inexécutoire parce qu'elle ne constitue pas une véritable estimation d'avance des dommages-intérêts procède d'une simplification à outrance d'un domaine complexe de la common law. Si on prend du recul, il devient évident que la capacité des parties de déterminer d'avance le montant à payer pour rupture du contrat comporte plusieurs dimensions. Par exemple, elles peuvent convenir qu'un acompte doit être versé

et qu'il sera confisqué si le contrat est rompu. L'acompte peut être considéré comme un paiement anticipé pour toute violation pouvant survenir ou comme la limite supérieure des dommages-intérêts ou encore comme une véritable estimation d'avance des dommages-intérêts. Malgré les similarités qui existent entre les acomptes et les clauses pénales, il peut être malavisé de confondre les principes juridiques applicables. Curieusement, si les parties fixent le montant des dommages-intérêts à un chiffre symbolique (soit 1 \$), nous ne traitons plus des principes applicables dans le contexte de la clause pénale et de la clause des dommages-intérêts liquidés. Il s'agit maintenant d'une clause d'exonération ou de limitation de responsabilité. Invariablement, les plaideurs qui souhaitent échapper à son emprise invoqueront le principe de la violation fondamentale. Les règles de droit en la matière demeurent vraiment problématiques en dépit des tentatives que la Cour suprême a faites pour simplifier le principe (se reporter à la jurisprudence examinée dans la décision *New Brunswick Power Corp. c. Westinghouse Canada Inc. et al.* (2008), 337 R.N.-B. (2^e) 138, [2008] A.N.-B. n^o 364 (QL), 2008 NBCA 70; voir aussi Swan, aux pages 834 et 835).

[38] Si, par ailleurs, les dommages-intérêts que fixe le contrat sont plus élevés que symboliques, mais que les dommages-intérêts réels (par exemple 40 000 \$) excèdent de beaucoup le montant prédéterminé (par exemple 20 000 \$), la clause est exécutoire, sauf dans le cas d'une oppression prouvée : arrêt *Elsley Estate c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.* Dans les cas où la perte réelle subie est inférieure au montant prédéterminé, la partie qui a violé le contrat fera valoir que la clause correspond à une pénalité puisqu'elle ne constitue pas une véritable estimation d'avance des dommages-intérêts. Ce qui nous conduit manifestement à nous demander si le moment qui convient pour apprécier la perte causée par le préjudice correspond au moment de la signature du contrat ou au moment de la violation. D'après le droit anglais, il faut tenir compte de la date à laquelle le contrat devient obligatoire. D'après le droit canadien, la date qu'il convient de retenir semble être celle à laquelle la violation a été commise : arrêt *H. F. Clarke Ltd. c. Thermidaire Corp. Ltd.* Une façon de résoudre cette incompatibilité apparente consiste à reformuler comme suit les règles applicables : la clause qui prévoit une somme prédéterminée représentant une véritable estimation d'avance des dommages-

intérêts sera réputée exécutoire, sauf si, au moment de la violation, le montant prédéterminé est réputé extravagant ou exorbitant (se reporter à la première règle d'interprétation énoncée par lord Dunedin et reproduite au paragraphe 16 des présents motifs).

[39] Le résumé ci-dessus témoigne de la complexité de la common law concernant l'exécution des clauses qui prédéterminent les dommages-intérêts sanctionnant les ruptures de contrat. Une grande partie de cette complexité peut être attribuée au défaut de reconnaître qu'il n'y a rien de fondamentalement répréhensible pour les parties à convenir d'une clause pénale prévue à des fins *in terrorem*. Comme le dit le juge en chef Dickson, l'inexécution des clauses pénales constitue une ingérence criante dans la liberté contractuelle.

IV. La Loi sur la réforme du droit

[40] Je l'ai dit d'entrée de jeu, on ne peut sans posséder une connaissance élémentaire des règles de common law répondre à la question de savoir si le par. 5(1) de la *Loi sur la réforme du droit* entendait codifier ou réformer des principes de common law. Dès que l'on démêle le droit en matière de pénalités, il devient évident qu'il y a trop de questions sans réponse ou de questions en suspens concernant le caractère exécutoire des clauses qui fixent les dommages-intérêts pour rupture de contrat. Les principes de common law existants prévoyaient un incitatif pour encourager les législateurs à procéder à une véritable réforme. L'article 5 de la *Loi sur la réforme du droit* est pertinent à cet égard; il dispose :

5(1) A party to a contract may enforce a penalty clause or a liquidated damages clause to the extent that it is reasonable in all of the circumstances that the clause should be enforced.

5(1) Une partie à un contrat peut faire exécuter une clause pénale ou une clause de dommages-intérêts liquidés dans la mesure où il est raisonnable selon toutes les circonstances que cette clause devrait être exécutée.

5(2) Without limiting subsection (1), a court may determine in the circumstances

5(2) Sans limiter la portée du paragraphe (1), une cour saisie d'une cause peut

of a case before it that a penalty clause or a liquidated damages clause should be enforced in full, in part or not at all.

déterminer selon les circonstances si une clause pénale ou une clause de dommages-intérêts liquidés devrait être exécutée ou non et, dans l'affirmative, si elle doit être exécutée dans son intégralité, en partie ou pas du tout.

5(3) Where a penalty clause or a liquidated damages clause is enforced only in part or not at all, damages are recoverable in respect of conduct which is in breach of contract but in relation to which the penalty clause or liquidated damages clause is not enforced.

5(3) Lorsqu'une clause pénale ou une clause de dommages-intérêts liquidés n'est pas exécutée ou n'est exécutée qu'en partie, les dommages-intérêts sont recouvrables relativement à la conduite qui constitue la rupture du contrat mais pour laquelle la clause pénale ou la clause de dommages-intérêts liquidés n'est pas exécutée.

5(4) This section applies to contracts entered into before or after the commencement of this section, but only in relation to breaches of contract occurring after the commencement of this section.

5(4) Le présent article s'applique aux contrats conclus avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, mais seulement par rapport aux ruptures de contrat survenues après l'entrée en vigueur du présent article.

[41]

Dans un document de mai 1993 intitulé *Loi sur la réforme du droit, un commentaire*, Fredericton, Gouvernement du Nouveau-Brunswick, 1993 (le *Commentaire*), la Direction de la réforme du droit du Cabinet du procureur général a expliqué le raisonnement qui sous-tend l'adoption de l'article 5. Selon les auteurs, le droit actuel est problématique dans la distinction « obscure » qu'il établit entre la clause pénale et la clause de dommages-intérêts liquidés. Il est regrettable de constater qu'aucune analyse ne vient expliquer la raison de cet état de choses; on nous dit simplement que le par. 5(1) élimine la distinction entre les deux clauses et ne se préoccupe que du critère du caractère raisonnable quand il s'agit de l'exécution des clauses qui prédéterminent les dommages-intérêts payables en cas de rupture de contrat. Par conséquent, une « clause de dommages-intérêts prédéterminés » peut être exécutée, même si le montant convenu ne constitue pas une véritable estimation d'avance des dommages-intérêts et qu'elle a été prévue à seule fin d'inspirer la terreur. Les parties sont libres de régler à des conditions qui favorisent leurs intérêts commerciaux légitimes respectifs, pourvu que les conditions

soient raisonnables selon toutes les circonstances. Le par. 5(2) prévoit que la cour est habilitée à déterminer si la clause devrait être exécutée dans son intégralité, en partie ou pas du tout. L'option qu'elle a d'assurer l'exécution « en partie » est une nouveauté et est expliquée dans le *Commentaire*. Le par. (2) s'applique aux cas dans lesquels le contrat prévoit, par exemple, une pénalité quotidienne. Le tribunal pourrait déterminer qu'il était raisonnable d'exécuter cette pénalité au regard d'une période de deux mois après la violation, mais décider par ailleurs de ne pas ordonner le paiement de la pénalité quotidienne s'agissant d'une période plus longue. Le par. 5(3) préserve le droit de la partie innocente de présenter une demande en *quantum meruit* dans l'éventualité où la clause est réputée inexécutoire dans son intégralité ou en partie. Dans la suite de cet exemple, le *Commentaire* explique que cette demande en *quantum meruit* pourrait être présentée relativement aux pertes subies après l'expiration de la période de deux mois.

[42] Le *Commentaire* explique aussi qu'a été considérée la question de savoir si le caractère raisonnable devrait être jugé à la date de la formation du contrat ou à la date à laquelle la violation a été commise. En définitive, il a été décidé que la loi devrait être silencieuse sur ce point : « [I]l conviendrait mieux de ne pas trancher la question » (p. 45). Puis, il fait remarquer que les auteurs prévoient que le tribunal considérera que la date de la conclusion du contrat constituerait « un facteur [...] important », mais qui n'empêcherait pas le tribunal de tenir compte d'autres facteurs, dont les circonstances qui existent à la date de la violation.

[43] Le *Commentaire* explique ensuite que l'option d'adopter une règle générale interdisant l'exécution des clauses « exorbitantes » n'a pas été examinée à fond. Il postule qu'une règle générale sanctionnant l'exorbitance pourrait ne pas régler les problèmes que l'art. 5 cherche à aborder. Il renvoie au fait que les tribunaux sont déjà investis de la compétence qui leur permet d'accorder des recours contre les opérations exorbitantes, mais que l'art. 5 assure une plus grande certitude et plus de souplesse. Je suis d'accord pour les motifs ci-dessous.

V. Analyse

[44] En plus d'invoquer l'art. 5 de la *Loi sur la réforme du droit*, les McKeen plaident la théorie de l'iniquité à l'appui de leur argument selon lequel les deux clauses dont s'agit sont inexécutoires. Cette théorie comprend deux éléments constitutifs : un de forme et un de fond (voir de façon générale Swan, aux p. 784 à 792). L'élément de forme permet de voir s'il y a inégalité du pouvoir de négociation. L'élément de fond permet de voir si l'inégalité entraîne un marché imprévoyant (foncièrement injuste). Les consommateurs prennent des engagements contractuels quotidiennement et, même s'il y a inégalité de forme, cela ne signifie pas que le contrat résultant est foncièrement injuste. C'est pour cette raison qu'il est important de reconnaître que la théorie de l'iniquité comporte deux éléments constitutifs (voir de façon générale *Morrison c. Coast Finance Ltd. et al.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (C.A.C.-B.), [1965] B.C.J. No. 178 (QL), *Harry c. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231 (C.A.C.-B.), [1978] B.C.J. No. 1318 (QL), et *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy* (1974), [1975] Q.B. 326 (C.A.)).

[45] Le juge du procès n'a pas retenu l'argument de l'iniquité. Il a conclu, plutôt, que le montant réclamé n'était ni extravagant ni déraisonnable suivant les paramètres du par. 5(1) de la *Loi sur la réforme du droit*. Devant nous, les McKeen n'ont pas abandonné leur défense de l'iniquité que reconnaît la common law. Ils ont dépeint TMMI comme l'équivalent d'une [TRADUCTION] « prêteuse prédatrice » et eux-mêmes comme des débiteurs indigents qui essayaient de se libérer de la charge que faisait peser sur eux un stress financier considérable. Ce stress, déclarent-ils, s'est produit à l'occasion de la maladie de M^{me} McKeen et du besoin d'acheter des médicaments dispendieux, la plus grande partie de ces achats s'étant effectuée au moyen de cartes de crédit alourdies de taux d'intérêts élevés. Mention a aussi été faite d'une deuxième hypothèque existante dont le taux d'intérêt (15,99 %) rappelle ceux qui avaient cours en 1982 environ quand les taux d'intérêt sur les hypothèques résidentielles ont atteint le plafond de 22 %. Tout cela a été avancé aux fins d'établir qu'il y avait inégalité du pouvoir de négociation entre TMMI et eux. Leur avocat a ensuite fait valoir que cette vulnérabilité, combinée au défaut de divulgation de TMMI concernant des faits saillants,

les a conduits à accepter l'entente de refinancement qui, lorsqu'elle est soigneusement examinée, révèle l'existence d'un marché imprudent et insensé.

[46] Bien que je sois sensible à l'argument des McKeen fondé sur l'iniquité, je préfère étayer la présente décision sur l'application de l'art. 5 de la *Loi sur la réforme du droit* pour deux raisons. D'abord, cette disposition a constitué le point d'intérêt principal du débat qui a eu lieu devant nous. Ensuite, je souscris au *Commentaire* qui accompagnait la loi et selon lequel le critère général du « caractère raisonnable selon les circonstances » s'avère moins encombrant que l'analyse à deux volets qu'exige la théorie de l'iniquité. Ce n'est pas là nier l'existence d'un double emploi éventuel entre un critère de raisonnabilité prévu par la loi et le critère de l'iniquité que reconnaît la common law.

[47] Il ne peut faire aucun doute que le juge du procès a commis une erreur en concluant que le par. 5(1) de la *Loi sur la réforme du droit* entendait codifier des principes de common law existants régissant la clause pénale et la clause de dommages-intérêts liquidés. Toutefois, il a eu raison de conclure que cette disposition provoque, en common law, le déplacement de la charge de la preuve. En common law, il incombe au défendeur d'établir que la clause ne constitue pas une véritable estimation d'avance des dommages-intérêts. En vertu du par. 5(1), il appartient à la demanderesse (TMMI) d'établir le caractère raisonnable de la clause. Par conséquent, il nous reste à décider si la preuve produite au procès et les faits qu'a constatés le juge du procès appuient la prétention selon laquelle le paiement de 9 100 \$ est raisonnable compte tenu des circonstances de l'espèce.

[48] Quelques remarques préliminaires s'imposent. Premièrement, il ne s'agit pas ici d'un cas dans lequel le prêteur intente une action pour rupture de contrat. Il est vrai que First National a pu subir une perte par suite de la décision des McKeen de ne pas honorer leur engagement de prêt, mais First National n'a pas participé à la poursuite en justice. Il s'agit plutôt d'un cas dans lequel la courtière hypothécaire intente une poursuite pour recouvrer les commissions qu'elle a perdues : l'une des McKeen, l'autre de First National. Deuxièmement, sauf lorsqu'il s'agit de la question de l'indemnisation de la

courtière, le contrat sous-jacent conclu entre TMMI et les McKeen n'est pas un contrat écrit. Cependant, leur rapport contractuel est régi par les principes du droit des mandats. Troisièmement, la demande de TMMI est fondée sur le tout ou rien. TMMI ne demande le recouvrement que d'un seul montant, soit 9 100 \$. Elle ne présente pas de demande distincte au titre des frais de courtage de 3 500 \$ et une autre au titre de la perte de la commission d'intermédiaire de 5 600 \$. Quatrièmement, TMMI n'a pas sollicité de mesure réparatoire subsidiaire dans l'éventualité où les deux clauses contractuelles seraient déclarées inexécutoires. La réparation subsidiaire est une demande en *quantum meruit* égale à la valeur des services rendus quant au temps consacré et aux dépenses engagées. Cette demande peut être intentée aussi bien en common law qu'en vertu du par. 5(3) de la *Loi sur la réforme du droit*. Pour étayer pareille demande, elle aurait dû présenter une preuve pour établir la quantité de travail accompli pour le compte des McKeen aux fins d'obtenir le refinancement hypothécaire auprès de la Financière First National. TMMI a décidé en toute connaissance de cause de ne pas poursuivre cette demande subsidiaire. En somme, il s'agit en l'espèce d'une demande présentée pour recouvrer la somme de 9 100 \$ ou rien du tout.

[49] Le juge du procès a conclu qu'il était raisonnable d'assurer l'exécution de l'obligation contractuelle parce que le montant en question constituait une véritable estimation d'avance de la perte de TMMI attribuable au défaut des McKeen de donner suite au refinancement hypothécaire. Toutefois, ce n'est là qu'une seule des considérations pertinentes. Le par. 5(1) nous invite à tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce avant de statuer sur la question de l'exécutabilité.

[50] À mon avis, rien dans la demande de 9 100 \$ n'appuie une conclusion de raisonnabilité, une fois que sont précisées toutes les circonstances pertinentes. En bref, la décision des McKeen d'accepter le refinancement négocié par TMMI était irréfléchie. Il est vrai que le refinancement négocié aurait réduit leur endettement mensuel de 2 700 \$ à une somme variant entre 1 800 \$ et 1 600 \$ à un taux d'intérêt concurrentiel. Toutefois, comme je l'ai dit au début, munis d'un microscope juridique, nous avons aussi appris que le coût immédiat du prêt aurait été supérieur à 15 500 \$. Ajoutés aux honoraires d'avocat,

il fallait compter les frais de courtage de 3 500 \$, une prime unique au titre de l'assurance prêt hypothécaire (6 000 \$) et une pénalité d'intérêt pour remboursement anticipé d'une hypothèque existante (6 000 \$). Ces frais auraient été déduits du produit du prêt hypothécaire, d'où un manque à gagner le moment venu d'éteindre la dette en souffrance pour laquelle le refinancement était initialement sollicité. Tout cela s'est fait sans que le couple ne rencontre jamais sa courtière hypothécaire et n'ait jamais eu au préalable de discussion ni obtenu de divulgation concernant les frais de courtage, l'existence d'une commission d'intermédiaire et, à la limite, le coût réel de l'emprunt. Quant à la possibilité de profiter d'un avis juridique indépendant, c'est la courtière hypothécaire qui a désigné l'avocat qui représenterait le couple, mais celui-ci n'a été consulté qu'après la signature des contrats. Le fait que dans son exposé de la demande la courtière hypothécaire n'a pas présenté de demande en *quantum meruit* est également significatif, mais ne surprend guère. Il serait difficile de justifier une demande de 9 100 \$ pour du travail qui assurément n'a pas pu prendre plus que quelques heures réparties sur une période de quatre semaines.

[51] Quelques commentaires s'imposent concernant la prime de 6 000 \$ payable au titre de l'assurance prêt hypothécaire souscrite auprès de la SCHL. Je présume que l'assurance prêt hypothécaire était obligatoire en droit parce que le ratio prêt/valeur (280 000 \$ vs 305 000 \$) était supérieur au ratio présent. Toutefois, il y a lieu de se demander si les McKeen ont été informés du fait que l'assurance ne leur profiterait pas un jour, mais qu'elle profiterait à la prêteuse. Même s'ils avaient dû payer une prime forfaitaire, ils seraient demeurés tenus de tout déficit découlant de la vente forcée de leur maison dans l'éventualité d'un défaut de paiement. De plus, ils auraient effectivement payé la prime (en tant que partie intégrante de la somme empruntée) sur une période de trente ans, soit la période d'amortissement du prêt. Curieusement, la SCHL était disposée à offrir la couverture d'assurance sans avoir obtenu une évaluation officielle du bien. Il est ahurissant d'apprendre qu'elle n'a pas même demandé à propos du bien une « évaluation sur seule vue extérieure ». Elle s'est plutôt fiée à des documents générés par ordinateur confirmant l'état général du marché à Fredericton.

[52] La question de l'assurance hypothécaire nous convainc on ne peut mieux que trop de gens se hâtaient de conclure le marché sans tenir compte des conséquences financières à long terme que subiraient les McKeen. Par exemple, l'option consistant à attendre que la première hypothèque vienne à échéance dans six mois et à obtenir de ce prêteur le refinancement n'a pas été discutée. Aucune attention n'a été prêtée à la possibilité de purger la deuxième hypothèque actuelle et de la remplacer par une autre à un taux d'intérêt raisonnable pratiqué sur le marché. De plus, cette deuxième hypothèque aurait pu être suffisamment élevée pour fournir les fonds nécessaires à l'acquittement de leur dette faramineuse au titre de leurs cartes de crédit. Quant à savoir si le refinancement hypothécaire aurait pu être structuré de sorte à éviter de devoir acheter de l'assurance prêt hypothécaire, c'est là une autre considération valable.

[53] On pourrait prétendre que TMMI est une courtière hypothécaire et non un service consultatif en matière de dettes. En réalité, elle agissait en qualité de « mandataire » pour le compte de son « mandant », savoir les McKeen. Le droit reconnaît le principe selon lequel les courtiers hypothécaires sont tenus à des devoirs fiduciaux envers l'emprunteur. Aux fins de trancher le présent appel, qu'il suffise de confirmer le bien-fondé de la proposition large voulant que, du fait de leur qualité de mandataires, les courtiers hypothécaires sont tenus d'agir de bonne foi et de procéder à une divulgation pertinente et opportune des questions qui sont raisonnablement susceptibles de comporter des conséquences sur la capacité de leur client de prendre des décisions éclairées (se reporter de façon générale à l'ouvrage de G. H. L. Fridman, *The Law of Agency*, 7^e édition, Toronto, Butterworths, 1996, à la page 181).

[54] La présente espèce a ceci d'ironique que TMMI ne peut rien recouvrer auprès des McKeen si elle a manqué à ses obligations juridiques de mandataire et il ne fait aucune différence si le contrat de ces derniers prévoit le paiement d'une somme convenue, que ce soit dans une clause réputée clause pénale ou clause de dommages-intérêts liquidés. La non-divulgation de la part du courtier hypothécaire suffit pour produire pareil résultat.

[55] La non-divulcation de la part de TMMI provient de plusieurs sources. Au moment où M^{me} Chamberlain a téléphoné la première fois aux McKeen, aucune divulgation ou discussion n'avait eu lieu relativement aux modalités d'indemnisation de TMMI pour la négociation du refinancement. S'agissant des frais de courtage de 1,25 % que les McKeen devaient payer à TMMI pour avoir négocié le financement hypothécaire, le droit pourrait reconnaître comme raisonnable ce pourcentage, si c'était là la seule source d'indemnisation de la courtière pour l'opération de prêt : *Federal Business Development Bank c. Fredericton Motor Inn Ltd.* et *Federal Business Development Bank c. Eldridge*. Ce qui est répréhensible en droit est le défaut de TMMI de divulguer la commission d'intermédiaire que First National aurait payée. C'est là un principe fondamental et élémentaire du droit des mandats que le mandataire ne peut tirer un bénéfice secret d'une opération qu'il effectue. À son tour, le terme « bénéfice secret » renvoie à tout avantage financier que reçoit le mandataire outre ce qu'il est en droit de recevoir du mandant sous forme de rémunération. Le mandataire a le devoir de rendre compte de tout bénéfice de cette nature et son défaut d'effectuer une divulgation complète à ce sujet lui fait perdre le droit à cette commission.

[56] L'arrêt de principe concernant le droit du courtier hypothécaire à indemnisation dans les cas portant sur le recouvrement d'une commission d'intermédiaire non divulguée est la décision *Advanced Realty Funding Corp. c. Bannink* (1979), 27 O.R. (2d) 193 (C.A.), [1979] O.J. No. 4483 (QL). Dans cette affaire, l'emprunteur défendeur a accepté de verser à la courtière hypothécaire demanderesse une commission de 2 800 \$, ses dépenses en sus. De plus, le contrat était vaguement libellé de telle sorte que la commission était payable même si la courtière devait recevoir du prêteur une commission d'intermédiaire. Le contrat de courtage déclarait aussi que, si l'emprunteur reniait sa promesse de conclure la convention de prêt, la courtière conservait son droit à la commission stipulée. En fait, elle aurait reçu une commission d'intermédiaire de 425 \$, si l'emprunteur avait donné suite à l'opération de prêt. La courtière a intenté une action en recouvrement de la seule commission de 2 800 \$. La demande a été rejetée en raison du défaut de la courtière de procéder à une divulgation complète concernant la commission

d'intermédiaire, même si cette commission ne faisait pas partie intégrante de la demande.

La Cour d'appel de l'Ontario s'est exprimée ainsi :

[TRADUCTION]

Il ne fait aucun doute que le mandataire est tenu à des devoirs fiduciaux envers son mandant. La demanderesse était la mandataire du défendeur aux fins de l'opération pour laquelle ses services avaient été retenus. L'un des principaux devoirs fiduciaux du mandataire est l'obligation d'une divulgation complète. Chaque fois qu'il apparaît que le mandataire recevra dans le cadre du mandat un bénéfice qui viendra s'ajouter à la rémunération que le mandant a accepté de lui verser, la Cour sera tenue d'assurer l'exécution rigoureuse de cette obligation et on devra établir que, la divulgation complète ayant été effectuée, le mandant a soit expressément, soit par déduction nécessaire, consenti à ce que le mandataire retire un bénéfice. [Citation omise]

[...]

L'obligation de divulgation est à ce point stricte qu'on a dit qu'il ne suffit pas de donner avis au mandant de l'existence d'une autre commission, l'obligeant à chercher à déterminer la nature et le montant de ce bénéfice : [Citation omise] Il doit y avoir la « divulgation la plus complète » et, de la part du mandant, consentement éclairé à cet égard.

[...]

Si j'applique ces principes à la présente espèce, je suis d'avis que la demanderesse ne s'est pas déchargée du fardeau d'établir qu'elle avait divulgué d'une façon complète et entière au défendeur qu'une commission d'intermédiaire lui serait versée et quel en serait le montant. Aussi a-t-elle perdu le droit d'être rémunérée pour avoir négocié une hypothèque acceptable au profit du défendeur. Selon la jurisprudence, la Cour ne se livre pas à des conjectures sur ce que le mandant aurait pu faire si la divulgation avait été effectuée et le principe pertinent ne comporte pas pour élément essentiel qu'un préjudice a pu lui être causé par suite de la non-divulgation.

[...]

Le présent arrêt ne signifie pas qu'un courtier hypothécaire n'a jamais le droit de percevoir une commission d'intermédiaire. Il signifie qu'il ne suffit pas d'enterrer un renvoi à une commission d'intermédiaire dans une phrase plutôt ambiguë au beau milieu de son contrat de frais et de commission. Si le courtier prévoit ou entend recevoir une telle commission, il est tenu à l'obligation positive d'en fournir une explication à son client, d'en indiquer le montant ou son mode de calcul (s'il est alors connu), de s'assurer que son client a compris et d'obtenir son consentement exprès à ce que le courtier reçoive cette commission. S'il prévoit recevoir une commission d'intermédiaire, mais n'en connaît pas encore le montant ou le mode de calcul, il devrait en fournir une explication à son client, obtenir son consentement exprès à ce qu'il accepte la commission et s'engager à lui dire à quel montant elle s'élèvera ou quel sera son mode de calcul et à obtenir son consentement avant d'accepter celle-ci. [p. 196 et 197]

[57] Il est indubitable que la demande que TMMI a présentée pour être indemnisée relativement à la commission d'intermédiaire de 5 600 \$ ne peut réussir vu son défaut d'effectuer une divulgation entière (voir aussi *Atlanta Industrial Sales Ltd. et al. c. Emerald Management & Realty Ltd.* (2006), 399 A.R. 1, [2006] A.J. No. 624 (QL), 2006 ABQB 255, et *St. Louis c. CIBC Mortgages Inc.* (2004), 12 C.C.L.I. (4th) 135, [2004] O.J. No. 2681 (QL), appliquant l'arrêt *Advanced Realty Funding Corp. c. Bannink*).

[58] Il est tout aussi clair que le défaut de TMMI de procéder à une divulgation entière concernant la commission d'intermédiaire (la commission secrète), que First National paierait, produit l'effet connexe de la rendre inadmissible à ses frais de courtage de 3 500 \$.

[59] Je m'arrête un moment ici pour formuler une observation générale. En l'espèce, la courtière hypothécaire sollicite une indemnisation fondée sur ce qu'elle eût reçu de deux sources : l'emprunteur et la prêteuse. Il peut y avoir des espèces dans lesquelles la seule indemnisation du courtier provient de la commission d'intermédiaire

fournie par le prêteur et, de fait, il peut s'avérer notoire dans une collectivité en particulier que c'est de cette façon que les courtiers hypothécaires gagnent leur vie. Toutefois, on présumerait que, dans ces circonstances, aucun courtier n'intentera de poursuites en recouvrement d'une commission d'intermédiaire non divulguée pour la simple raison que l'emprunteur a décidé de ne pas donner suite à l'opération de prêt hypothécaire.

[60] Le principe selon lequel le mandataire est tenu d'effectuer une divulgation entière concernant les commissions d'intermédiaire s'applique également à la commission d'intermédiaire de 1 % qui aurait été payée à TMMI par l'assureur qui devait fournir la police d'assurance temporaire sur la vie couvrant le capital du prêt. En appel, TMMI a soutenu que l'assurance vie ne constituait qu'une option qui aurait pu être écartée au moment où les documents ont été signés et les fonds, avancés. Le problème que pose cette prétention est que l'engagement de prêt hypothécaire que les McKeen ont signé n'indique pas que l'assurance vie hypothécaire est facultative. Le contrat prévoit simplement que la prime mensuelle est de 244,18 \$. Puis, cette somme est ajoutée au paiement hypothécaire mensuel de 1 603,14 \$, ce qui donne un « paiement mensuel total » de 1 847,32 \$. Rien dans le contrat n'indiquerait au consommateur raisonnable que l'assurance vie sur le prêt est facultative. Ce qui est tout aussi répréhensible est que TMMI a conclu une entente exclusive avec une assureure vie pour qu'elle fournisse toutes les couvertures. Par conséquent, aucune présomption ne permet de croire qu'on a offert aux McKeen le meilleur taux.

[61] Abstraction faite des violations de l'obligation d'effectuer une divulgation complète concernant les diverses commissions d'intermédiaire, il est également clair que TMMI a violé d'autres obligations. Le dossier confirme que la courtière hypothécaire n'a pas communiqué avec plusieurs prêteurs en vue d'obtenir les meilleures conditions de prêt pour les McKeen. Ce qu'il indique est que TMMI a choisi First National pour la simple raison que la commission d'intermédiaire serait plus élevée que celle que verseraient d'autres prêteurs en raison du volume d'affaires qu'elle avait procuré dans le

passé à First National. Bref, la preuve étaye l'argument selon lequel TMMI agissait dans son propre intérêt au détriment des McKeen.

[62] Ayant appliqué le par. 5(1) de la *Loi sur la réforme du droit*, je ne suis pas disposé à statuer que l'exécution par TMMI des deux clauses dont s'agit serait raisonnable vu l'ensemble des circonstances en l'espèce. Les motifs favorisant l'inexécution sont tout simplement trop nombreux. À vrai dire, la présente affaire aurait pu être tranchée sans renvoi au par. 5(1). La règle générale prévoit que le mandataire ne peut réclamer une indemnisation pour du travail qu'il a entrepris en violation des obligations que lui impose la common law. Il en est ainsi qu'il y ait ou non une clause du contrat qui stipule le paiement d'une somme convenue en contrepartie du travail accompli pour le compte du mandant et qu'elle soit réputée clause pénale ou clause de dommages-intérêts liquidés.

VI. Dispositif

[63] Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le jugement rendu à la Cour du Banc de la Reine et de rejeter l'action des intimés contre les appelants. Par application des règles 59.01(2)a) et 59.02d) des *Règles de procédure*, j'accorde aux appelants des dépens de 7 500 \$ au procès et de 2 500 \$ en appel, plus les débours dans toutes les cours.