

Droit des obligations

Le contrôle des clauses pénales abusives en droit québécois : la clause pénale peut-elle être punitive ?*

Julie PAQUIN

Professeure adjointe à la Faculté de droit
(Section de droit civil) de l'Université d'Ottawa

La clause pénale est une institution à la fois très ancienne et très fréquemment utilisée en droit civil des contrats. Définie par le *Code civil du Québec* comme la clause par laquelle les parties à un contrat évaluent par anticipation les dommages-intérêts en prévoyant la « peine » payable en cas d'inexécution¹, elle permet à son bénéficiaire d'être indemnisé sans avoir à prouver le préjudice qu'il a subi².

La « nouvelle moralité contractuelle » introduite dans le *Code civil du Québec* en 1994 a entraîné des changements fondamentaux relativement au sort des clauses pénales en droit québécois des contrats. Alors qu'elles étaient auparavant intan-

gibles³, l'article 1623 C.c.Q. permet maintenant aux juges de réduire la peine stipulée dans un contrat lorsqu'elle est abusive. Ce faisant, le Code civil a créé une situation paradoxale : alors qu'un des buts reconnus des clauses pénales est d'éviter aux parties d'avoir à s'engager dans la discussion des dommages subis, la détermination du caractère abusif ou non d'une peine implique nécessairement une comparaison de celle-ci avec les dommages effectivement subis par la partie qui en réclame l'application.

Le nouveau pouvoir d'intervention des juges a aussi mis en lumière une question qui portait peu à la controverse au

* La présente étude a reçu l'appui de la Fondation pour la recherche juridique et de la Fondation du droit de l'Ontario. L'auteure tient à remercier tout particulièrement Monsieur Marcelo Ciechanowiecki pour l'aide apportée au travail de recherche.

¹ Art. 1622 C.c.Q.

² Art 1623 al.1 C.c.Q.

³ À l'exception des cas d'exécution partielle de l'obligation, à l'égard desquels l'article 1076 C.c.B.C. prévoyait que « si l'obligation a été exécutée en partie, au profit du créancier, et que le temps pour l'entière exécution soit de peu d'importance, la somme stipulée peut être réduite, à moins que le contraire ne soit stipulé ».

temps de l'intangibilité des clauses, soit celle de savoir si la peine prévue demeure payable même si le bénéficiaire de la clause n'a subi aucun dommage. En d'autres mots, la clause pénale doit-elle être considérée comme une estimation des dommages, et donc sans application lorsque ceux-ci sont inexistantes, ou peut-elle également revêtir le caractère d'une peine dissuasive, justifiant son application même en l'absence de préjudice? Tandis que la doctrine québécoise reste divisée sur cette question, les tribunaux québécois ont développé différents moyens de gérer les cas où une partie réclame le paiement d'une peine alors même qu'elle n'a subi aucun préjudice.

La présente étude vise à faire le point sur cette question, tout en offrant quelques pistes de réflexion quant à la nature et au rôle des clauses pénales en droit québécois. Tout d'abord, nous exposerons les règles applicables aux clauses pénales en ancien droit français ainsi que dans le Code civil français et le *Code civil du Bas Canada*, avant de présenter la réforme introduite en 1994 dans le *Code civil du Québec*. Ensuite, nous traiterons des débats doctrinaux actuels sur l'applicabilité des clauses pénales en cas d'absence de préjudice, pour enfin examiner les positions prises par les tribunaux québécois sur cette question.

I. Origine et évolution de la clause pénale

A. De la peine à l'indemnité : l'introduction du contrôle judiciaire

La clause pénale est généralement considérée comme remontant à l'Anti-

quité. Dans le droit romain, qui ne sanctionnait que les accords portant sur des sommes d'argent, la *stipulatio poenae* par laquelle une partie s'engageait à payer une somme d'argent en cas de défaut de remplir une autre obligation devient un moyen de rendre obligatoires les engagements ne portant pas sur une somme d'argent ainsi que les coutumes et usages provinciaux non reçus dans le droit romain⁴.

Sous sa forme la plus ancienne, la *stipulatio poenae* s'exprimait ainsi : « *Si tu ne me donnes pas Pamphile, me donneras-tu cent?* ». Elle était conçue comme une stipulation conditionnelle, la peine étant payable dès la réalisation de la condition, sans qu'il soit nécessaire que cette condition constitue une stipulation valable. La clause pénale permettait ainsi de valider des stipulations autrement nulles, comme les stipulations pour autrui. Suivant cette logique, la peine était due dès l'accomplissement de la condition, sans besoin que le débiteur soit en demeure, et elle demeurerait entièrement payable en cas de réalisation partielle de la condition.

Par la suite, on assistera au développement d'un deuxième type de clause pénale (« *me donneras-tu Pamphile? Si tu ne me donnes pas Pamphile, me donneras-tu cent?* »), dans laquelle la peine sert de sanction à une obligation distincte et exécutoire en elle-même. La peine joue alors un rôle de persuasion, tout en servant à éviter certains écueils liés à l'évaluation judiciaire des dommages payables par un débiteur fautif. La présence d'une clause pénale protégeait le créancier contre une

⁴ Charles MARUANI, *La clause pénale*, thèse de doctorat, Université de Paris, Faculté de droit et de sciences économiques, 1935, p. 27.

évaluation trop faible de son préjudice par le juge, tout en lui permettant d'éviter de devoir faire la preuve du préjudice subi et de son montant⁵.

A l'origine, la clause était conçue essentiellement comme une peine imposée au débiteur ; la somme prévue était ainsi entièrement payable, « même en cas d'exécution partielle, et même si les dommages subis étaient inférieurs à celle-ci, même s'il n'y avait eu aucun dommage »⁶. De plus, en droit romain primitif, le créancier était autorisé à cumuler la peine et les dommages-intérêts découlant de l'inexécution⁷. Par la suite, la notion de réparation gagna en importance : « [l]es jurisconsultes chercheront à épargner au débiteur le poids de la double charge de la *poena* et des dommages intérêts. »⁸

À l'époque franque, la clause pénale se développe considérablement⁹, alors même que son aspect réparateur s'atténue au bénéfice de son caractère pénal. L'utilisation des clauses pénales devient éventuellement un enjeu de taille au Moyen-Âge, en raison de l'interdiction du prêt à intérêt par l'Église catholique. La prohibition de l'usure, conçue comme toute somme s'ajoutant au capital emprunté, entraîne en effet une prolifération de clauses destinées à contourner la prohibition en présentant comme des peines les stipulations d'intérêt. Les canonistes entreprennent alors de s'atta-

quer à ces clauses usuraires déguisées en interdisant toute clause pénale conclue « en fraude d'usure ». Cependant, les critères proposés¹⁰ pour permettre de distinguer les clauses pénales valides des stipulations d'intérêt se révèlent insatisfaisants.

C'est finalement le recours à la distinction entre la notion d'usure et celle d'*interesse*, ou de dommages-intérêts, qui fournit aux canonistes la solution qu'ils recherchent. Selon les canonistes, la prohibition de l'usure vise les gains réalisés par les prêteurs. Or, les dommages-intérêts payables en cas de non remboursement à l'expiration du terme ne constituent pas un tel gain assimilable à de l'usure, mais la simple réparation du dommage découlant du manquement de l'emprunteur. Une peine peut ainsi échapper à l'application des règles sur l'usure dans la mesure où elle représente les dommages et intérêts que le prêteur est en droit de réclamer à titre d'*interesse*. La notion même de clause pénale en vient donc à regrouper deux réalités différentes : en matière de prêt d'argent, la peine ne sera légitime que si elle a un caractère indemnitaire, c'est-à-dire si elle représente les dommages-intérêts soufferts par le créancier, alors que dans les autres matières, les clauses visant à imposer une peine aux débiteurs défaillants demeurent valides, peu importe les dommages subis.

La conception réparatrice, plutôt que punitive, de la clause pénale, développée par les canonistes à l'égard des prêts d'argent se généralise par la suite en

⁵ *Id.*, p. 29.

⁶ *Id.*

⁷ André FLINIAUX, « L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du Moyen Âge », dans *Mélanges Paul Fournier*, Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 233, à la page 235.

⁸ C. MARUANI, préc., note 4, p. 31 et 32.

⁹ A. FLINIAUX, préc., note 7, à la page 236 ; C. MARUANI, préc., note 4, p. 34 et 35.

¹⁰ Comme l'intention des parties (soit de forcer le paiement de la peine plutôt que d'inciter à rembourser le capital) ou le fait pour le prêteur d'avoir coutume de pratiquer l'usure : voir A. FLINIAUX, préc., note 7, aux pages 238 et 239.

s'étendant à tous les types de contrats, avant de faire son entrée dans le droit séculier. Ainsi, dans son *Traité des obligations*, Pothier décrit la peine comme compensatrice des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale¹¹. Cette consécration du caractère compensatoire de la clause pénale n'est pas sans conséquence pratique. D'abord, elle fait en sorte que le créancier doit choisir entre l'exécution du contrat et l'application de la peine, sans pouvoir les cumuler. Par ailleurs, la logique indemnitaire permet au juge de modérer une peine qui serait excessive eu égard aux dommages subis, tout en autorisant le créancier à réclamer plus que la peine si elle est insuffisante pour couvrir les dommages¹².

Jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, la clause pénale est donc considérée comme ayant un caractère purement comminatoire, au sens donné à ce terme dans

l'ancien droit¹³, c'est-à-dire que «le juge pouvait refuser de l'appliquer si bon lui semblait, dans le cas notamment où le débiteur défaillant lui semblait de bonne foi»¹⁴. Dans une perspective juridique, leur fonction n'est pas tant d'inciter les débiteurs à remplir leurs obligations que de renverser le fardeau de preuve relatif à l'établissement des dommages-intérêts. C'est au débiteur désirant éviter l'application de la clause qu'il incombera de prouver que le montant de la peine dépasse considérablement celui du dommage qu'il a occasionné au créancier.

B. Le retour de la peine : la force obligatoire des clauses pénales

1. Le Code civil de 1804

L'adoption du Code civil français de 1804 marquera un tournant dans l'histoire des clauses pénales. En effet, et malgré l'influence avouée de Pothier sur les codificateurs, ceux-ci rejettent son approche fondée sur l'équité dans le traite-

¹¹ Robert Joseph POTHIER et Jean Joseph BUGNET, *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, 2^e éd., t. 2, Paris, Cosse et Marchal / Henri Plon, 1861, p. 176.

¹² Pour Pothier, en effet, une telle peine excessive était nécessairement fondée sur une erreur ayant vicié le consentement du débiteur : «c'est la fausse confiance qu'il a qu'il ne manquera pas à cette obligation primitive, qui le porte à se soumettre à une peine aussi excessive; qu'il croit ne s'engager à rien en s'y soumettant, et qu'il est dans la disposition de ne s'y pas soumettre, s'il croyait que le cas de cette peine pût arriver; [...] c'est pourquoi ces peines excessives doivent être réduites à la valeur vraisemblable à laquelle peuvent monter au plus haut les dommages et intérêts du créancier, résultants (*sic*) de l'inexécution de l'obligation primitive.» (*Id.*, p. 180).

¹³ Voir par exemple: Jean J. ROLLAND DE VILLARGUES (dir.), *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, t. 2, Paris, Administration de la Jurisprudence du Notariat, 1841, p. 570 et 571 : «On entendait par clauses *comminatoires*, certaines stipulations auxquelles la jurisprudence ne donnait pas tout l'effet qu'elles devaient avoir, quoiqu'elles fussent valables en elles-mêmes. Le mot *comminatoire* vient du mot latin *comminari*, qui signifie *menacer*; et tel était le sens dans lequel s'entendaient les clauses dont il s'agit. [...] Pour qu'elles fussent réellement comminatoires, il faudrait que les juges pussent les remettre ou les modérer.»

¹⁴ C. MARUANI, préc., note 4, p. 60.

ment de ces clauses. Privilégiant l'approche d'Azon, les codificateurs tranchent en faveur de l'intangibilité des clauses pénales. Du même coup, cependant, ils affirment explicitement le caractère indemnitaire de la clause pénale, qui constitue, selon l'article 1229 C. civ. fr., « la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale ». La nature de la clause pénale devient ainsi quelque peu paradoxale : malgré sa nature indemnitaire, elle demeure valide, peu importe le montant des dommages réellement subis par la partie qui réclame son application.

L'étude des discussions ayant entouré l'élaboration du Code nous éclaire quant au contexte ayant donné naissance à cette étrange situation. D'abord, il convient de souligner que, pour les codificateurs, les clauses pénales et les clauses visant l'évaluation des dommages-intérêts constituaient deux réalités qui, bien que susceptibles de recoupements, demeuraient distinctes. Ces deux notions faisaient en effet l'objet de deux séries de dispositions séparées : d'une part, le Code contenait une disposition portant sur les stipulations de dommages figurant dans la section sur le « Règlement des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation »¹⁵ ; d'autre part, une section distincte regroupait diverses dispositions portant sur les clauses pénales proprement dites. Ce n'est que par la suite que les auteurs en viendront à confondre ces deux types de clauses et à leur appliquer le même principe d'intangibilité.

La distinction faite par les codificateurs entre les clauses de stipulation de

dommages et les clauses pénales apparaît clairement à l'occasion de leurs discussions au sujet de l'intangibilité de ces clauses. Ainsi, dans une version préliminaire du Code présentée au Conseil d'État en novembre 1803¹⁶, les codificateurs affirmaient d'une part l'intangibilité de la clause pénale, définie à l'article 122 comme « celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ». Bien que l'article 125 précisait que la peine était « la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale », aucune disposition du projet ne traite explicitement de la possibilité pour le juge de modifier le montant de la peine prévue, si ce n'est la mention de l'article 128 selon laquelle la peine peut être réduite dans les cas où l'obligation principale a été exécutée en partie.

La situation était fort différente en ce qui concerne les clauses de stipulation de dommages, que, selon l'article 49, les juges avaient le pouvoir de modifier lorsque la somme stipulée « excéd[ait] évidemment le dommage effectif »¹⁷. Dans ce projet, la clause de dommages stipulés équivalait donc à une clause de limitation de responsabilité retirant au créancier le droit de demander plus que le maximum prévu par la convention, sans restreindre

¹⁵ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Paris, Imprimerie Ducessois, 1827, p. 10.

¹⁶ *Id.*, p. 3 et suiv.

¹⁷ *Id.*, p. 11 : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme, il ne peut être alloué à l'autre partie une plus forte somme, quoique le dommage se trouve plus grand. Le juge peut, au contraire, modérer celle stipulée, si elle excède évidemment le dommage effectif. » (art. 49 du Code civil français).

le droit du débiteur de réclamer, conformément à l'ancien droit, la diminution d'une somme supérieure aux dommages réellement subis¹⁸.

Dès le 3 novembre 1803, cependant, le président de la section de législation du Conseil d'État, Bigot de Préameneu, propose, au nom de la section, de mettre fin au pouvoir de révision des juges à l'égard des clauses de dommages stipulés et d'opter plutôt pour la « règle simple » selon laquelle « quand les parties ont fixé elles-mêmes le taux des dommages-intérêts, leur prévoyance ne devait pas demeurer sans effet, et qu'il fallait respecter leur convention, d'autant plus que, dans d'autres contrats, on ne corrige pas les stipulations que les circonstances rendent ensuite excessives »¹⁹. La section propose, en conséquence, la rédaction suivante : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. » La suite des travaux de préparation verra, sur proposition de la section de législation du tribunal, l'addition des mots « à titre de dommages-intérêts » après les mots « une certaine somme », l'objet de cette modification étant « de déterminer la juste application de l'article, et de

marquer la différence entre la clause de dommages-intérêts à laquelle le juge ne peut rien changer, et la clause pénale qui est susceptible d'être réduite »²⁰.

Lors de sa présentation au corps législatif, le 28 janvier 1804, Bigot de Préameneu justifie la décision prise en précisant que :

« Si on eût donné aux juges le droit de réduire la somme convenue, il eût aussi fallu leur donner celui de l'augmenter en cas d'insuffisance. Ce serait troubler la foi due aux contrats. La loi est faite pour les cas ordinaires, et ce n'est pas pour quelques exceptions que l'on devrait ici déroger à cette règle fondamentale, que les conventions sont la loi des parties. »²¹

Quant aux clauses pénales, il convient de leur appliquer « les raisonnements faits sur la fixation d'une somme stipulée pour dommages et intérêts »²². En conséquence, « [l]e créancier ne doit pas être admis à dire que cette peine est insuffisante, ni le débiteur à prétendre qu'elle est excessive »²³.

La distinction faite par les codificateurs entre clauses de dommages stipulés et clauses pénales conservera une certaine pertinence pendant la première moitié du XIX^e siècle. Ainsi, en 1819, Duranton précise que, bien que la clause pénale et la clause dont parle l'article 1152 C. civ. fr. aient toutes deux pour fonction de fixer des dommages-intérêts payables en cas d'inexécution, et ainsi de dispenser le créancier de prouver le préjudice subi, il faut prendre garde de ne pas les confondre. En effet, tandis que « dans l'obligation avec clause pénale, le créancier peut négliger le bénéfice de cette clause, et de-

¹⁸ Selon les rédacteurs, le fait d'accorder des droits au débiteur et non au créancier relativement à l'ajustement du montant prévu était justifié par le fait que « le créancier qui reçoit moins qu'il n'eût exigé, si, lors de la convention, il eût pu prévoir l'avenir, reçoit cependant tout ce qu'il a stipulé, et a renoncé à recevoir davantage ; qui si, au contraire, il reçoit tout ce qui a été convenu, et que le dommage soit moindre, il s'enrichit. » : *Id.*, p. 56 et 57.

¹⁹ *Id.*, p. 57.

²⁰ *Id.*, p. 147.

²¹ *Id.*, p. 234.

²² *Id.*, p. 262.

²³ *Id.*

mander l'exécution de l'obligation principale [...] l'autre clause est comme un forfait : en sorte que le créancier ne peut demander que la somme convenue »²⁴. Dans un cas comme dans l'autre, cependant, le créancier « doit suivre la loi qu'il s'est faite à lui-même dans la prévoyance de ce cas »²⁵. Le Répertoire Dalloz de 1860 reprend les distinctions faites par Duranton, précisant que « [c]'est aux juges qu'il appartient de reconnaître, d'après les termes de la convention, si les parties ont voulu faire une stipulation pénale »²⁶. On ajoute comme distinction supplémentaire entre les deux types de clauses que, contrairement à la stipulation de dommages-intérêts, la clause pénale « n'entraîne pas [...] la contrainte par corps contre le débiteur en cas d'inexécution »²⁷.

Huit ans plus tard, cependant, la distinction entre les dommages stipulés et les clauses pénales semble avoir disparu de la doctrine française. Dans son traité sur les contrats, Demolombe juge ainsi « hors de propos » de s'étendre sur la disposition de l'article 1152 C. civ. fr., qui constitue « évidemment une clause pénale »²⁸. En 1871, Aubry et Rau déclarent que les conventions visées à l'article 1152

C. civ. fr. ne constituent au fond « qu'une clause pénale »²⁹. Cette opinion est également partagée par Laurent, qui affirme en 1887 que la clause pénale est identique à la clause prévue par l'article 1152 C. civ. fr.³⁰. Cette identité explique d'ailleurs selon lui l'absence de règle explicite et spécifique concernant l'intangibilité des clauses pénales. En effet, l'adoption d'une telle disposition « était tout à fait inutile, car la peine n'est pas autre chose que l'évaluation des dommages-intérêts par convention : la clause pénale et les dommages-intérêts conventionnels sont une seule et même clause sous des noms différents. Il faut donc dire de la peine ce que l'article 1152 dit des dommages-intérêts conventionnels »³¹.

Cette assimilation, par la doctrine, des clauses pénales et des clauses de dommages-intérêts va de pair avec une certaine confusion relativement à la nature de la clause pénale. Alors que d'aucuns lui attribuent une nature réparatrice, d'autres insistent sur son caractère de peine privée ; d'autres encore adoptent plutôt une vision « dualiste » suivant laquelle la nature de la peine dépend de son montant : « jusqu'à un certain seuil, le montant du préjudice, la peine est une simple évaluation conventionnelle de la réparation de droit commun ; au-delà ; elle revêt la nature d'une peine privée »³².

²⁴ Alexandre DURANTON, *Traité des contrats et des obligations en général, suivant le Code civil*, t. 2, Paris, Imprimerie de P. Gueffier, 1819, p. 452.

²⁵ *Id.*, p. 462.

²⁶ Désiré DALLOZ et Armand DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Nouvelle édition, vol. 33, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1860, p. 357.

²⁷ *Id.*, p. 210.

²⁸ Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code civil : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Bruxelles, J. Stienon, 1868, p. 606.

²⁹ Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^e éd., t. 4, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal, Billard et Cie, 1871, p. 106.

³⁰ François LAURENT, *Principes de droit civil*, 4^e éd., t. 16, Bruxelles, Bruylant, 1887, p. 422.

³¹ *Id.*, p. 449.

³² Denis MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 318.

La détermination de la nature de la clause pénale n'est pas qu'une question théorique. Elle représente un enjeu réel dans les cas où le créancier qui réclame son application n'a subi aucun dommage. Faut-il alors, comme le préconise Dalloz, refuser son application, au motif qu'elle constitue la compensation des dommages-intérêts? Ou faut-il plutôt lui donner effet de façon à reconnaître son aspect pénal? La majorité de la doctrine française opte pour la deuxième solution. Ainsi, Thoureau pensait que :

«soutenir qu'il n'y a pas de préjudice, c'est, sous une autre forme, chercher à établir que le créancier en a éprouvé un infiniment petit. C'est toujours discuter sur la quotité des dommages contrairement à l'art. 1152. En effet, quelque petit que soit le dommage, la peine est due en entier. [...] le débiteur qui ne peut, d'une façon absolue, établir en justice que la peine est supérieure au dommage, ne pourra point l'établir non plus dans l'hypothèse où ce dommage sera infiniment petit, c'est-à-dire nul; parce que son argumentation devrait toujours prouver que le dommage est plus petit que toute quantité donnée.»³³

De même, pour Merlin, si le Code civil ne permet pas de réduire la clause pénale dont le montant excède le dommage souffert par le créancier, «[c]omment donc permettrait-il de la neutraliser tout-à-fait, sous le prétexte que le créancier n'a souffert aucun dommage? Comment autoriserait-il, pour neutraliser tout-à-fait la stipulation pénale, des recherches,

des débats, de (*sic*) enquêtes qu'il ne permet pas pour la réduire?»³⁴

2. Le Code civil du Bas Canada

Lors de la rédaction du *Code civil du Bas Canada*, l'assimilation des clauses pénales aux stipulations de dommages n'est pas encore totalement consacrée dans la doctrine française. Tout comme le *Code Napoléon*, le *Code civil du Bas Canada* contient deux séries de dispositions. D'une part, la section intitulée «Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution des obligations» reproduit pour l'essentiel les articles 1145 à 1154 du Code civil français. Elle s'en écarte cependant en prévoyant une exception au pouvoir du juge de diminuer les dommages dans les cas où l'obligation a été exécutée en partie à l'avantage du créancier : les parties pourront écarter ce pouvoir au moyen d'une stipulation (art. 1076 C.c.B.C.). D'autre part, la section intitulée «Des obligations avec clauses pénales» diffère de la version française sur deux points. D'abord, les codificateurs omettent de reproduire l'article 1229 C.N., prévoyant que la peine est la compensation des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.

³³ Edme THOUREAU, *De la clause pénale dans les obligations en droit romain et droit français*, thèse de doctorat, Paris, Faculté de droit, Université de Paris, 1883, p. 187.

³⁴ Philippe-Antoine MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., t. 12, Paris, J.P. Roret/Garnery, 1827, p. 292; voir également : Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 2^e éd., t. 2, Paris, Pichon, 1902, p. 84 : «il n'y a pas lieu de rechercher si le créancier souffre ou non un *dommage* par suite de l'inexécution de l'obligation. La convention faite à forfait a justement pour but de supprimer tout examen de ce genre. La clause pénale est due (et c'est là un de ses grands avantages), dès que le débiteur est responsable de l'inexécution».

Pour les codificateurs québécois, une telle assimilation de la peine stipulée aux dommages-intérêts « sans aucune restriction, est une confusion de choses qui diffèrent sous plusieurs rapports et sont régies par des règles différentes »³⁵. Ensuite, le *Code civil du Bas Canada* exprime le principe d'intangibilité des clauses pénales en des termes plus explicites que son pendant français. En effet, dans le *Code Napoléon*, l'intangibilité des clauses pénales ne pouvait découler que d'une interprétation *a contrario* de l'article 1231 C.N. portant sur les cas d'exécution partielle de l'obligation, ou, comme la doctrine le fit dans les années suivant l'adoption du Code, d'une application du principe d'intangibilité exprimé à l'article 1152 C.N. relativement aux clauses de dommages stipulés. L'article 1135 C.c.B.C. prévoit quant à lui la règle générale selon laquelle « le montant de la peine ne peut être réduit par le tribunal », sauf en cas d'exécution partielle. De plus, les parties demeurent libres d'écarter ce pouvoir de révision exceptionnel en concluant « une convention spéciale à l'effet contraire ».

Comme dans la doctrine française, la distinction que font les codificateurs entre clauses pénales et clauses de stipulations de dommages s'estompera rapidement dans la doctrine québécoise à la suite de l'adoption du Code. Dès 1895, Mignault affirme ainsi que la clause pénale constitue « l'estimation que les parties font elles-mêmes, du montant des dommages et intérêts qui devront être

payés, si le débiteur n'exécute pas son obligation, ou s'il ne l'exécute que tardivement. Elle tient donc lieu de dommages et intérêts; elle en est la compensation »³⁶. De plus, si Mignault reste silencieux sur la question de savoir si un créancier peut réclamer la somme prévue dans la clause pénale même dans les cas où le manquement du débiteur n'a entraîné aucun préjudice, Langelier, quant à lui, y répond par l'affirmative: « le créancier qui a stipulé une pénalité pour le retard dans l'exécution de l'obligation a le droit de l'exiger alors même qu'il n'aurait souffert aucun dommage »³⁷.

Si elle est claire en doctrine, l'assimilation des clauses pénales et des clauses de stipulation de dommages continue d'alimenter les débats devant les tribunaux pendant plusieurs années³⁸, comme l'indiquent les arguments soulevés dans le cadre de l'affaire *Canadian Rubber*³⁹. Dans cette affaire, un contrat de vente de pièces d'équipement électrique prévoyait le paiement d'une somme de 25 \$ pour chaque jour de retard dans la livraison des marchandises commandées. Le fournisseur

³⁵ COMMISSAIRES CHARGÉS DE CODIFIER LES LOIS DU BAS CANADA EN MATIÈRES CIVILES, *Code civil du Bas Canada. Premier, Second et Troisième Rapports*, Québec, Imprimé par George E. Desbarats, 1865, p. 25.

³⁶ Pierre-Basile MIGNAULT, *Le Droit civil canadien*, vol. 1, Montréal, Whiteford & Théoret, 1895, p. 521.

³⁷ François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907, p. 528.

³⁸ On peut présumer que la distinction faite en common law entre *liquidated damages* et *penalty* n'est pas étrangère à la persistance de ce débat devant les tribunaux québécois.

³⁹ *Canadian General Electric Company c. Canadian Rubber Company of Montreal*, [1914] 47 C.S. 24 (C. rév.); cette décision de la Cour de révision a été confirmée par la Cour suprême du Canada ([1915] 52 R.C.S. 349).

avait alors plaidé que la clause en question ne constituait pas une clause pénale, mais bien une clause de dommages liquidés visée par l'article 1076 C.c.B.C., dont l'application exige du créancier qu'il allègue et prouve la présence d'un préjudice. Sous la plume du juge Greenshields, la Cour de révision rejette cet argument :

« If it was held to be necessary that the defendant should allege damages, it is certainly necessary that it should prove its damages; but the precise object of the clause in the contract was to settle and determine in advance the damage, and thereby relieve the defendant from making proof difficult under such circumstances at all times and impossible at other times. »⁴⁰

Cette position se consolide au cours du 20^e siècle, tant en doctrine⁴¹ qu'en

jurisprudence⁴².

II. La clause pénale dans le *Code civil du Québec*: peine ou compensation ?

L'adoption du *Code civil du Québec* signale un changement important relativement aux clauses pénales. D'une part, sur le plan de la structure du Code, on procède au regroupement de l'ensemble des dispositions relatives aux clauses pénales dans la section II du chapitre VI portant sur l'exécution de l'obligation, sous le titre « De l'évaluation anticipée ». Ensuite, l'alinéa 2 de l'article 1623 C.c.Q. met fin à l'intangibilité des clauses pénales, dont « le montant de la peine stipulée peut être réduit si l'exécution partielle

⁴⁰ *Id.*, 27.

⁴¹ Par exemple, Faribault déclare qu'un juge saisi d'une demande d'application d'une clause pénale « ne sera appelé à décider que deux choses, savoir : si le débiteur est en faute selon les dispositions des articles 1070, 1071 et 1072, et si cette faute a causé un préjudice au créancier. S'il décide dans l'affirmative, il devra condamner le débiteur à payer le montant que les parties ont fixé à l'avance. » : Léon FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7-bis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957, p. 421. Voir également : Louis BAUDOUIN, *Le droit civil de la Province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 585, professant que « la clause pénale dispense le créancier qui en demande l'exécution de toute preuve. Elle agit automatiquement, sans que le créancier soit tenu de prouver l'existence du préjudice, que lui cause soit le retard, soit l'inexécution. Cette dispense de preuve est normale; elle est même un des buts essentiels de cette institution. » ; Maurice TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*,

Québec, Presses de l'Université Laval, 1975, p. 398 qui écrivait que « [l]a règle d'intangibilité trouve aussi appui dans la notion même de clause pénale (penalty), qui est définie comme le paiement d'une somme convenue pour l'inexécution (ou l'exécution tardive) d'un contrat, indépendamment d'un préjudice ». ; Chantal PERREAU, *Les clauses pénales*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 84 : la cour ne doit « pas considérer l'absence de dommage réel, ce prérequis n'existant pas, la clause pénale dispensant de cette preuve ».

⁴² Voir : *Boretsky c. Amherst Bowling Recreation Inc.*, [1965] C.S. 521 : « La susdite clause pénale constituait la loi entre les parties. D'après la doctrine et la jurisprudence, il n'y a pas lieu d'établir si le créancier souffre ou non un dommage par suite de l'inexécution de l'obligation. La convention entre les parties a justement pour but de supprimer tout examen de ce genre; la clause pénale s'applique dès que le débiteur est responsable de l'inexécution. »

de l'obligation a profité au créancier ou si la clause est abusive ».

La possibilité pour le juge de réduire une clause considérée comme abusive est en soi porteuse d'un paradoxe. En effet, comme le reconnaît l'article 1623 al. 1 C.c.Q., un des principaux avantages des clauses pénales est justement de dispenser le créancier de devoir prouver le préjudice qu'il a subi. Or, la détermination du caractère abusif d'une clause pénale implique nécessairement, quoique non exclusivement, la détermination du montant réel des dommages subis par le créancier et sa comparaison avec le montant de la pénalité prévue par la clause.

La doctrine et la jurisprudence ont tenté de régler le problème de l'apparente perte d'utilité d'une clause pénale révisable, en optant pour une interprétation qui préserve une partie des avantages de la clause pour le créancier, malgré la possibilité de réduire son montant. On affirme ainsi que si, d'une part, le créancier ne doit prouver que la faute, et non les dommages eux-mêmes, pour réclamer l'application de la clause, le débiteur peut de son côté tenter de convaincre le juge que le montant de la peine est excessif par rapport aux dommages réels. Ce ne sera que dans de tels cas que le créancier pourra être contraint de faire la preuve du préjudice subi afin d'établir le caractère non abusif du montant fixé⁴³. Cette

position laisse cependant entière la question de savoir si une clause pénale est applicable en l'absence de tout préjudice. En d'autres mots, un juge convaincu qu'un créancier n'a subi aucun préjudice peut-il refuser d'appliquer la clause, ou doit-il plutôt réduire son montant s'il le considère abusif?

Une étude de la doctrine québécoise actuelle faillit à apporter une réponse claire et uniforme à cette question, les auteurs étant partagés à la fois sur la question de la nature des clauses pénales et sur la marche à suivre par le juge en cas d'absence alléguée ou prouvée de préjudice. Selon Pineau, Burman et Gaudet, l'application d'une clause pénale ne peut se faire en l'absence totale de préjudice, et ce, en raison de la nature même d'une telle clause. En effet, selon eux, « le nouveau Code insiste davantage sur l'aspect estimatoire d'une évaluation par anticipation que sur l'aspect comminatoire, même si le terme peine est utilisé »⁴⁴. La clause pénale constituant une évaluation conventionnelle des dommages-intérêts, son application requiert la présence d'un préjudice⁴⁵. De même, Karim professe que :

« S'il est vrai que le but de la clause pénale est d'éviter au créancier d'avoir à prouver les dommages subis, il est également vrai que l'existence d'une clause pénale dans le contrat ne signifie pas que le créancier a le droit de réclamer le

⁴³ Cette interprétation de l'article 1623 C.c.Q. rappelle le système établi sous l'ancien droit et mentionné ci-haut, selon lequel la fonction principale des clauses pénales était de renverser le fardeau de preuve relatif à l'établissement des dommages-intérêts. Voir également : Vincent KARIM, « La clause pénale et le pouvoir de révision des tribunaux », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges*

Claude Masse, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 527, à la page 551 ; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 1876.

⁴⁴ Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 791.

⁴⁵ *Id.*, p. 787.

montant sans que le défaut du débiteur ne lui cause aucun préjudice ou dommage. En effet, accepter l'application d'une clause pénale même en l'absence d'un préjudice subi aurait pour effet de permettre l'enrichissement d'une partie au détriment de l'autre et il s'ensuivrait alors un déséquilibre entre les parties.»⁴⁶

Lluelles et Moore sont également d'avis que l'application de la clause pénale requiert la présence d'un préjudice. Selon eux, l'article 1623 C.c.Q. ne déroge pas à l'exigence d'un préjudice, mais «ne concerne que le fardeau de la preuve en cette matière. Certes, le créancier n'est pas tenu de prouver le préjudice, il lui suffit de prouver l'inexécution fautive. [...] Mais le débiteur, lui, a parfaitement le droit de contester la présence d'un préjudice et d'éviter l'application d'une clause pénale, s'il parvient à convaincre le juge que l'inexécution n'a causé nul préjudice au créancier.»⁴⁷

De son côté, Tancelin déplore cette position qui consiste, d'après lui, à minimiser à tort le rôle comminatoire de la clause pénale sur le fondement d'«arguments exégétiques fragiles, voire même inexistantes»⁴⁸. Selon lui, le nouveau Code «réaffirme clairement le caractère comminatoire de l'institution par l'emploi répété du mot peine. Les règles d'interprétation des lois ne permettent pas à la

doctrine de ré-ouvrir le sens établi des termes de base du droit»⁴⁹. Conformément à l'ancien droit, une clause pénale demeure donc applicable, que le créancier ait ou non subi un préjudice. De même, pour Baudouin et Jobin, l'affirmation selon laquelle une clause pénale est sans effet en l'absence de préjudice est une «affirmation contestable qui nie le caractère comminatoire que les parties peuvent légalement donner à la clause et qui est trop générale sur le pouvoir du tribunal de réviser une pénalité abusive»⁵⁰. En réponse à cet argument, Lluelles et Moore admettent la possibilité pour une clause à caractère dissuasif de s'appliquer même en l'absence de préjudice. Cependant, selon eux, «il importerait que ce caractère comminatoire soit particulièrement apparent, en termes de volonté des contractants, pour évacuer un principe aussi fondamental que l'exigence d'un préjudice en matière de responsabilité civile»⁵¹.

Sur la base de la doctrine actuelle, un juge appelé à se prononcer sur l'application d'une clause pénale en l'absence de préjudice peut choisir entre les deux options suivantes :

1. choisir de déclarer la clause inapplicable, rendant ainsi superflue toute analyse de son caractère abusif sous l'article 1623 C.c.Q.;
2. appliquer la clause, sous réserve d'une éventuelle réduction si elle est abusive, mais sans l'annuler,

⁴⁶ Vincent KARIM, *Les obligations*, 3^e éd., vol. 2 «Articles 1497 à 1707 C.c.Q.», Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 839 et 840.

⁴⁷ D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 43, p. 1876; voir également: Sébastien GRAMMOND, Anne-Françoise DEBRUCHE et Yan CAMPAGNOLO, *Quebec Contract Law*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, p. 242.

⁴⁸ Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 783.

⁴⁹ *Id.*, p. 782.

⁵⁰ Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., par P.-G. JOBIN avec la collab. de Nathalie VEZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 913.

⁵¹ D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 43, p. 1877.

afin de conserver son effet dissuasif.

Quelle est la position privilégiée par les tribunaux québécois?

Afin de le savoir, nous avons identifié dans les bases de données juridiques québécoises l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux relativement à l'application de l'article 1623 C.c.Q. depuis l'adoption du *Code civil du Québec*, afin d'identifier celles dans lesquelles on avait soit plaidé, soit établi que le créancier de la clause pénale en cause n'avait subi aucun préjudice.

D'après nos recherches, c'est en 1999 que la question de l'applicabilité d'une clause pénale en l'absence de préjudice subi par le créancier a été traitée pour la première fois par un juge québécois. L'affaire *Giguère c. Léonard*⁵² concernait une convention entre actionnaires comprenant une clause de non-concurrence liée à une clause pénale. Dans sa décision, le juge Wéry conclut que les faits reprochés à la débitrice ne constituent pas une violation de la clause de non-concurrence, écartant de ce fait le paiement de la peine prévue. Il ajoute cependant que, « bien que l'existence d'une clause pénale dispense le créancier de son obligation d'établir le montant de ses dommages, il n'apparaît pas déraisonnable d'exiger de lui, à tout le moins, une preuve *prima facie* qu'il a effectivement subi de tels dommages »⁵³ et ce même, comme en l'espèce, en présence d'une clause indiquant que « le seul défaut est réputé causer un préjudice aux créanciers de l'obligation de non-concurrence »⁵⁴.

Cet *obiter dictum* du juge Wéry inspirera l'année suivante la juge Sévigny dans *Oberson c. Placements Jean Maynard Inc.*⁵⁵. Dans cette affaire, une peine était prévue en cas de non obtention de la libération des demandeurs de certaines garanties à l'intérieur du délai prévu par la convention. Or, les demandeurs n'avaient fourni aucune preuve *prima facie* de l'existence d'un quelconque préjudice lié à cette violation. La juge refusa d'ordonner le paiement de la peine, invoquant la possibilité prévue à l'article 1623 C.c.Q. de modifier les clauses dont l'application heurterait « le sens élémentaire de la justice »⁵⁶. Selon cette décision, une clause pénale est donc réductible « à néant » sous l'article 1623 C.c.Q., et non, suivant le raisonnement de l'affaire *Giguère*⁵⁷, inapplicable, en l'absence de préjudice.

En 2003, la Cour du Québec adopta une position semblable dans *Lefebvre c. Pelosse*⁵⁸. Dans cette affaire, la violation d'une promesse d'achat par les promettants-acheteurs avait entraîné un profit pour le promettant-vendeur, qui avait revendu la maison à un tiers à profit en plus d'encaisser l'acompte des promettants-acheteurs. Il s'agissait donc de déterminer si les vendeurs avaient néanmoins droit à la pénalité prévue dans la promesse. Après avoir mentionné le critère de la preuve *prima facie* comme condition d'application de la clause, le juge Gosselin le rejette au profit de la réduction de la clause aux termes de l'article 1623 C.c.Q.:

⁵⁵ [2000] J.Q. No 3079 (C.S.) (QL/LN), J.E. 2000-1951 (C.S.).

⁵⁶ *Id.*, par. 42.

⁵⁷ *Giguère c. Léonard*, préc., note 52.

⁵⁸ [2004] J.Q. No 5458 (C.Q.) (QL/LN), J.E. 2004-955 (C.S.).

⁵² [1999] J.Q. No 2217 (C.S.) (QL/LN), J.E. 99-1504 (C.S.).

⁵³ *Id.*, par. 63.

⁵⁴ *Id.*, par. 64.

« [l]e Tribunal est plus à l'aise de qualifier le problème auquel il est ici confronté comme en étant un de clause pénale abusive en regard de l'absence de préjudice, qu'un problème de clause pénale ayant perdu sa force obligatoire parce que le créancier a fait défaut de prouver une condition d'ouverture. Ce qui revient à dire que, de l'avis du Tribunal, le problème ne découle pas de la clause pénale elle-même, mais plutôt du fait que dans un cas d'espèce, sa réalisation paraît abusive au point de heurter la justice contractuelle. »⁵⁹

En conséquence, le juge choisit de « réduire à néant »⁶⁰ la pénalité prévue.

Plusieurs décisions de la Cour supérieure et de la Cour du Québec contredisent cependant ces deux affaires, en optant plutôt pour la seconde option, soit la réduction de la clause. Par exemple, en 2001, un jugement de la Cour supérieure ordonne le paiement d'une pénalité prévue dans un bail commercial, malgré l'absence de dommages subis par le locateur⁶¹. En 2002, dans l'affaire *Pellin c. Bedco*⁶², qui ne mentionne ni l'affaire *Oberson*⁶³, ni l'affaire *Giguère*⁶⁴, le juge Frappier conclut qu'en l'absence de preuve de perte pécuniaire et vu le caractère mineur des violations contractuelles ayant entraîné l'application de la clause pénale, il y a lieu de réduire la clause de 320 000 \$ à 20 000 \$. L'année suivante, le juge Fraiberg, est appelé à se prononcer sur

l'application d'une clause pénale contenue dans un bail⁶⁵. Malgré sa conclusion selon laquelle il ne s'est produit aucune violation contractuelle susceptible d'entraîner le paiement de la pénalité, le juge qualifie ainsi, en *obiter dictum*, l'impact de l'absence de preuve de préjudice subi :

« [a]s the French authors Terré, Simler, and Lequette have opined, the purpose of a penal clause is to eliminate debate not only about the extent, but also the reality of the damage suffered in the event of its breach.

Thus the creditor of the obligation does not have to prove the prejudice he suffers if it is not performed. The loss of the performance itself constitutes the prejudice, so that just as the creditor may in that event compel the performance, he may alternatively exact its pre-agreed monetary equivalent. »⁶⁶

De plus, selon lui, même si l'article 1623 C.c.Q. permet de réduire la peine, celle-ci doit néanmoins demeurer supérieure aux dommages réellement subis, afin de préserver sa fonction dissuasive⁶⁷.

⁵⁹ *Id.*, par. 38.

⁶⁰ *Id.*, par. 39.

⁶¹ 3353672 *Canada Inc. c. Diab*, [2011] J.Q. No 2145 (C.S.) (QL/LN).

⁶² *Pellin c. Bedco, division de Gérodon Inc.*, [2002] J.Q. No 5544 (C.S.) (QL/LN), J.E. 2003-217 (C.S.).

⁶³ *Oberson c. Placements Jean Maynard Inc.*, préc., note 55.

⁶⁴ *Giguère c. Léonard*, préc., note 52.

⁶⁵ 299 *Sir Wilfrid Laurier Investments Ltd. c. Trust général du Canada*, 2003 CanLII 6357 (QC C.S.).

⁶⁶ *Id.*, par. 43-44.

⁶⁷ Plusieurs décisions rendues par la Cour du Québec entre 2001 et 2012 concluent également à l'application des clauses pénales en l'absence de preuve de préjudice, voir : *Amjot Singh Transport [AST] Inc. c. RM Logistic (Red Market Inc.)*, 2010 QCCQ 1262, [2010] J.Q. No 3745 (C.Q.) (QL/LN); *Entreprises Cam construction Inc. c. Tcheutchoua Peughouia*, 2010 QCCQ 6692, [2010] J.Q. No 7486 (C.Q.) (QL/LN); *Les systèmes de formation et gestion Perform Inc. c. Kherbouche*, [2003] J.Q. No 17697 (C.Q.) (QL/LN), J.E. 2004-55 (C.Q.); *Mécanique Boucherville Inc. c. Québec Express International*, 2012 QCCQ 3826; *D'Aragon c. St-Pierre*, [2000] n° AZ-

C'est en 2007 que la Cour d'appel est appelée à se prononcer pour la première fois sur la question. Dans *Robitaille c. Gestion L. Jalbert Inc.*⁶⁸, la Cour doit déterminer s'il y a lieu d'imposer une pénalité de 50 000 \$ à la suite d'une « violation mineure » d'une clause de non-concurrence par Robitaille. Au nom de la Cour, la juge Thibaut s'exprime ainsi :

« [e]n premier lieu, il s'agit de vérifier si cette violation mineure a entraîné un préjudice pour les intimées et, dans le cas contraire, si l'application de la clause pénale ne devrait pas être écartée.

En effet, la jurisprudence et la doctrine sont à l'effet que le tribunal peut exiger du créancier de la clause pénale la preuve *prima facie* de l'existence d'un préjudice subi. »⁶⁹

La Cour conclut qu'en l'espèce, le seul recrutement par Robitaille d'une infirmière qui aurait pu autrement être recrutée par l'autre partie constitue une preuve *prima facie* de préjudice qui n'a pas été écartée par Robitaille. Cependant, la peine prévue étant nettement supérieure au préjudice « potentiellement subi »⁷⁰, la Cour la réduit de 50 000 à 20 000 \$.

L'année suivante, la Cour d'appel est appelée à préciser sa position dans la décision *Gestess Plus (9088-0964 Québec Inc.) c. Harvey*⁷¹. Dans cette affaire, une ex-employée de Gestess Plus, M^{me} Harvey, avait violé une clause de non-concurrence en ayant travaillé chez un ancien client

de Gestess Plus. Cependant, les relations d'affaires entre Gestess Plus et le client étaient déjà terminées lors de l'embauche de Mme Harvey, dont la conduite n'avait ainsi causé aucun dommage à son ex-employeur. Au nom de la majorité, le juge Pelletier précise que, bien qu'une clause puisse dispenser son bénéficiaire de prouver non seulement l'étendue, mais l'existence même d'un préjudice, « cette seule dispense ne permet pas de conclure dans tous les cas à l'application de la clause pénale »⁷². En effet, une telle clause ne peut s'appliquer en l'absence de préjudice que si la volonté des parties à cet effet est claire. Or, en l'espèce, malgré que Gestess Plus avait l'intention de donner une portée comminatoire à la clause pénale,

« [c]ette seule volonté ne permet cependant pas de tirer ici l'inférence que les parties entendaient conférer à ce caractère particulier de la clause une importance telle qu'elle devait rendre la pénalité exigible lors même que le manquement n'emporterait aucune conséquence néfaste au créancier. [...]

[F]aute de préjudice, l'appelante « Plus » ne pouvait réclamer l'application de la clause pénale pas plus qu'elle n'aurait été justifiée d'exiger le paiement de dommages-intérêts. »⁷³

Ainsi, la Cour d'appel confirme l'approche prise dans *Robitaille*⁷⁴ selon laquelle l'application d'une clause pénale est conditionnelle à la preuve de l'existence d'un préjudice, à tout le moins en l'absence d'une indication claire des parties à l'effet contraire. Le tribunal s'écarte cependant de *Robitaille* quant à la manière de procéder pour établir l'existence

00036671 (C.Q.); *RCI Environnement Inc. c. Marketing & communications Magenta Inc.*, 2009 QCCQ 5742, [2009] n° AZ-50562165 (C.Q.).

⁶⁸ 2007 QCCA 1052, [2007] J.Q. No 8193 (C.A.) (QL/LN).

⁶⁹ *Id.*, par. 45-46.

⁷⁰ *Id.*, par. 54.

⁷¹ 2008 QCCA 314, [2008] J.Q. No 1093 (C.A.) (QL/LN).

⁷² *Id.*, par. 20.

⁷³ *Id.*, par. 21-22.

⁷⁴ *Robitaille c. Gestion L. Jalbert Inc.*, préc., note 68.

d'un tel préjudice : plutôt que de faire appel à la notion de preuve *prima facie* pouvant être exigée du créancier reprise par la juge Thibaut, le juge Pelletier opte pour l'existence d'une présomption simple de l'existence de préjudice pouvant être repoussée par le débiteur. Cette notion de présomption simple de préjudice sera reprise par la suite par la Cour supérieure dans deux décisions rendues en 2010 et 2012. Dans *Gennium Produits pharmaceutiques Inc. c. Rioux*⁷⁵, le juge Marc-André Blanchard écarte clairement l'idée selon laquelle un créancier doit fournir une preuve *prima facie* de préjudice afin de pouvoir réclamer la pénalité. Selon lui, c'est plutôt au débiteur d'établir l'absence de dommages afin d'écarter l'application de la clause⁷⁶. Cette approche est de nouveau reprise par la Cour dans *RPM Excavation Inc. c. Allard*⁷⁷, avec cependant une réserve importante : le débiteur ayant établi l'absence de préjudice ne pourra éviter de ce fait l'application de la clause pénale « si le caractère comminatoire de la clause pénale démontre clairement que l'intention des parties était d'évacuer l'exigence d'un préjudice »⁷⁸.

Les décisions *Gestess*⁷⁹ et *RPM Excavation*⁸⁰ suggèrent que l'application d'une clause pénale en l'absence de préjudice

dépend ultimement du caractère dissuasif ou estimatoire que les parties ont entendu donner à cette clause. Elles sous-entendent qu'une clause purement estimatoire ne pourra trouver application que si un préjudice a effectivement été subi. Au contraire, une clause dont le caractère dissuasif ressort clairement sera applicable, mais pourra être réduite (mais, on le suppose, non pas annulée) si elle est abusive.

*
* *

La doctrine et la jurisprudence actuelles font état d'un certain flottement quant à la bonne manière d'appliquer ou d'écarter une clause pénale dans les cas où le créancier n'a pas subi de préjudice. Chacune des options étudiées, si elle devait finalement prévaloir en droit québécois, ne serait pas sans causer certains problèmes. Trois points méritent d'être soulignés à cet égard, soit le pouvoir du juge d'annuler une clause pénale aux termes de l'article 1623 C.c.Q., la question de la preuve de l'absence de préjudice, et la détermination par le juge du caractère estimatoire ou dissuasif d'une clause pénale particulière.

Comme nous l'avons vu, une des solutions préconisées par certains juges en cas d'absence de préjudice consiste à annuler, ou « réduire à néant », la clause en question en l'absence de préjudice. Cette solution est cependant problématique en ce qu'elle semble contredire le texte même de l'article 1623 C.c.Q., qui mentionne la possibilité de « réduire » une clause abusive, et non de l'annuler⁸¹. De plus, une

⁷⁵ 2010 QCCS 4543.

⁷⁶ *Id.*, par. 37 : « dans l'éventualité où le débiteur de l'obligation a été en mesure de prouver que son créancier n'a subi aucun dommage, alors, ce dernier n'aura pas le droit de recevoir le bénéfice de la clause pénale ».

⁷⁷ 2012 QCCS 1007.

⁷⁸ *Id.*, par. 41.

⁷⁹ *Gestess Plus (9088-0964 Québec Inc.) c. Harvey*, préc., note 71.

⁸⁰ *RPM Excavation Inc. c. Allard*, préc., note 77.

⁸¹ En comparaison, l'article 1437 al. 1 C.c.Q. prévoit quant à lui clairement la possibilité d'annuler une clause abusive : « La clause abusive d'un contrat de

interprétation large du mot « réduire » qui inclurait la « réduction à néant » viendrait remettre en question le caractère dissuasif de telles clauses. Ainsi, Baudouin et Jobin sont d'avis que :

« [L]e législateur n'a accordé aux tribunaux que le pouvoir de *réduire* le montant de la peine; le juge, en vertu de l'article 1623 ne saurait donc annuler la pénalité abusive ni en modifier les modalités [...] Quand une pénalité est abusive, comme on le verra dans un instant, le rôle du tribunal est de la réduire à un montant acceptable, et non de l'annuler

consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. » La question de savoir si cet article peut être invoqué au lieu de l'article 1623 C.c.Q. pour obtenir l'annulation d'une clause pénale contenue dans un contrat d'adhésion ou de consommation ne fait cependant pas consensus dans la doctrine. Comparer à cet effet : D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 43, p. 1041 et 1042 (« il nous semble que l'article 1623 n'est pas exclusif de l'article 1437 ») et J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 50, par. 119 (« une opinion largement répandue avance qu'on devrait permettre au débiteur, dans un contrat d'adhésion ou de consommation, de s'appuyer sur l'article 1437 – qui confère aussi le pouvoir d'annuler une clause abusive – pour réclamer du juge qu'il annule la pénalité, au motif que le débiteur, dans un tel contrat, pourrait choisir entre la règle générale de l'article 1437 et celle de l'article 1623. C'est là faire fausse route, à notre avis : seul l'article 1623 est pertinent. ») Il est à noter que les arguments au soutien de l'une ou l'autre de ces options correspondent à ceux utilisés pour justifier l'applicabilité d'une clause pénale en l'absence de préjudice, soit le caractère dissuasif ou purement compensatoire de la clause.

purement et simplement. Le droit québécois tolère les peines raisonnables. »⁸²

De même, pour Lluelles et Moore, « l'article 1623 ne concerne que la réduction du montant; il ne saurait être question d'annuler la clause au profit de la valeur réelle du préjudice »⁸³. Selon Pineau, Burman et Gaudet, « le tribunal qui procédera à la réduction de la peine doit maintenir celle-ci au-delà du préjudice réel, à défaut de quoi il se trouverait à faire totalement disparaître l'utilité d'une telle clause »⁸⁴. Ces auteurs considèrent ainsi qu'une clause pénale est tout simplement inapplicable, et non annulable, en l'absence de préjudice⁸⁵.

Il semble donc que l'annulation d'une clause pénale devrait passer par une déclaration de son inapplicabilité, et non par sa réduction à néant sous l'article 1623 C.c.Q. Ceci soulève à son tour la question de la preuve requise pour conclure à l'inapplicabilité. Comme nous l'avons vu, dans la première décision québécoise portant sur cette question (*Giguère*⁸⁶), on mentionnait qu'une preuve *prima facie*

⁸² J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 50, p. 167 et 168.

⁸³ D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 43, p. 1879; voir aussi : V. KARIM, préc., note 46, p. 832 : « lorsqu'il ne s'agit pas d'un contrat d'adhésion ou de consommation, le tribunal ne peut annuler la clause pénale. Il peut seulement réduire le montant jugé excessif et déraisonnable. »

⁸⁴ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 44, p. 798.

⁸⁵ Évidemment, il reste toujours la possibilité de réduire la peine à un montant purement symbolique; il faudrait cependant déterminer le seuil auquel une peine symbolique sera susceptible de conserver l'effet dissuasif de la clause.

⁸⁶ *Giguère c. Léonard*, préc., note 52.

pouvant être exigée du créancier réclamant l'application d'une clause pénale. Cette notion de preuve *prima facie* fut par la suite reprise, de façon moins heureuse, dans d'autres décisions (*Oberson*⁸⁷ et *Pelosse*⁸⁸) reposant quant à elles sur le caractère abusif d'une peine réclamée en l'absence de préjudice, pour se retrouver sous la plume de la juge Thibaut dans *Robitaille*⁸⁹. Moins d'un an plus tard, dans *Gestess*⁹⁰, la Cour d'appel optait plutôt pour l'hypothèse selon laquelle l'article 1623 C.c.Q. créait une présomption de préjudice, suggérant ainsi qu'il incombe au débiteur de renverser cette présomption en prouvant l'absence de dommages. Cette approche présente l'avantage de permettre aux tribunaux de traiter de la même manière les cas où il n'existe aucun préjudice et ceux dans lesquels ce préjudice est minime ou difficile à prouver. Dans tous les cas, ce sera au débiteur de la clause d'établir la disproportion entre le préjudice subi et la peine réclamée. Dans les cas où cet exercice révélerait l'absence totale de préjudice, la peine pourra simplement être écartée, plutôt que seulement réduite. Cependant, elle présente également pour les débiteurs un inconvénient important, soit la difficulté de prouver l'inexistence d'un fait, particulièrement lorsque le fait en question concerne la situation d'une autre partie.

Finalement, il importe de dire un mot sur la distinction entre clauses compensatoires et dissuasives (ou « comminatoires »). Comme nous l'avons vu, en

ancien droit, les clauses pénales avaient une fonction indemnitaire. Lorsque les parties leur donnaient une fonction dissuasive, en prévoyant une peine supérieure aux dommages prévisibles, elles étaient considérées comme comminatoires au sens initial donné à ce mot, c'est-à-dire qu'elles ne liaient pas le juge, qui pouvait réduire le montant de la peine en fonction de celui des dommages subis. L'introduction de l'intangibilité des clauses pénales dans le Code civil de 1804 et la confusion subséquente entre les clauses de dommages stipulés, à fonction compensatoire, et les clauses pénales proprement dites, qui ont un caractère dissuasif, rendront inutiles la détermination de la fonction de clauses particulières. La distinction fera surface en France à la suite de l'adoption de la loi de 1975 donnant aux juges le pouvoir de réduire les clauses pénales abusives. En effet, il semble que les juges français ont depuis fait preuve d'une plus grande clémence avec les clauses à fonction compensatoire qu'avec les clauses dissuasives, qui sont plus susceptibles d'être réduites⁹¹.

Cette approche, qu'on peut rapprocher de celle qui prévalait dans l'ancien droit, n'a pas été introduite jusqu'à présent en droit québécois, évitant aux juges québécois de devoir s'engager dans l'exercice périlleux de déterminer l'intention qui animait les parties lors de la rédaction d'une clause. Une telle introduction pourrait cependant devenir inévitable au vu de certaines décisions faisant dépendre le sort d'une clause pénale des fonctions que les parties lui ont attribué : ainsi, une clause pourra s'appliquer même en l'absence de préjudice, mais seulement si

⁸⁷ *Oberson c. Placements Jean Maynard Inc.*, préc., note 55.

⁸⁸ *Lefebvre c. Pelosse*, préc., note 58.

⁸⁹ *Robitaille c. Gestion L. Jalbert Inc.*, préc., note 68.

⁹⁰ *Gestess Plus (9088-0964 Québec Inc.) c. Harvey*, préc., note 71.

⁹¹ D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 43, p. 1881.

le tribunal est d'avis que les parties lui ont attribué une fonction dissuasive, et non seulement compensatoire. En attendant que les tribunaux procèdent à la clarification de ce domaine du droit, les parties qui veulent s'assurer de l'application d'une clause pénale, même dans l'éventualité où elles n'auraient pas subi de préjudice, seraient bien avisées de l'indiquer de façon expresse et claire dans leur contrat.