

## REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2022 EN DROIT DES OBLIGATIONS

Gabriel-Arnaud Berthold

Volume 124, numéro 1, 2023

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2022

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1101364ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1101364ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Berthold, G.-A. (2023). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2022 EN DROIT DES OBLIGATIONS. *Revue du notariat*, 124(1), 43–68.  
<https://doi.org/10.7202/1101364ar>

# REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2022 EN DROIT DES OBLIGATIONS

**Gabriel-Arnaud BERTHOLD\***

INTRODUCTION . . . . .	45
1. L'effet utile de la théorie de l'inexistence du contrat . . . .	45
2. L'effet relatif du principe de l'effet relatif du contrat . . . .	51
3. L'effet environnemental de la clause pénale . . . . .	58
4. En guise de conclusion : l'effet définitif de l'engagement . .	65

---

\* Professeur, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal. Je remercie Alexis Leblanc-Dussault pour son aide précieuse dans la recherche documentaire et la sélection des décisions.



## INTRODUCTION

Cette année encore, les tribunaux de la province ont rendu un nombre important de décisions portant, en tout ou en partie, sur différents aspects de la théorie générale des obligations contractuelles et du droit qui en codifie une part substantielle<sup>1</sup>. Les décisions sélectionnées ont pour objet, si ce n'est pour thème commun, différents effets plutôt exceptionnels de cette théorie générale ou de ses concepts fondamentaux. Remettant tour à tour en question les principes de l'annulabilité du contrat (1), de l'effet relatif des engagements (2) et de l'effet indemnitaire de la clause pénale (3), elles constituent, en d'autres mots, d'excellents exemples des limites inhérentes d'une théorie générale.

### 1. L'effet utile de la théorie de l'inexistence du contrat

Les tribunaux ont parfois pour fonction de réitérer, voire de contribuer à la résurgence de principes fondamentaux de la théorie générale des obligations. Le nombre de décisions qu'elle rend et la position qu'elle occupe dans la hiérarchie judiciaire québécoise font de la Cour d'appel l'institution la plus active au Québec, en cette matière. D'année en année, les juges qui y siègent nous rappellent, en effet, certains des principes et théories phares d'un droit civil mixte, dont elles et ils peuvent se targuer, à juste titre, d'assurer la pérennité et de protéger la richesse. Une décision rendue au mois de mars 2022<sup>2</sup>, par cette Cour, constitue un bel exemple de l'exercice de cette fonction.

Les faits de cette décision, dont l'objet déborde largement le livre V du *Code civil du Québec*, ne surprendront malheureusement pas les lecteurs et les lectrices de ces pages. Au cœur de ce litige civil, une fraude immobilière et ses effets sur les droits de celle qui la subit

- 
1. Dont les décisions suivantes en matière de responsabilité notariale : *Rodgers c. Gaudet*, 2022 QCCA 232; *Dr. Elias Abdounour inc. c. Millowitz*, 2022 QCCA 918; *Troll Immobilier inc. c. Landry*, 2022 QCCS 1920; *Peoples Trust Company c. Berger*, 2022 QCCS 2958.
  2. *Stamir Investments Inc. c. Kurstak*, 2022 QCCA 337. Cette décision est également commentée par Élise Charpentier dans la « Revue de la jurisprudence 2022 en droit des sûretés » qui se trouve dans le présent numéro de la *Revue du notariat*.

au premier titre : la véritable propriétaire d'un immeuble dont le seul tort est de ne pas jouir du don d'ubiquité. N'eût été ce « défaut », cette dernière aurait en effet créé tout un émoi en se présentant au bureau du notaire au moment où ce dernier instrumentait la vente de son immeuble par deux personnes inconnues ayant usurpé son identité et celle de son défunt mari. Mais malheureusement pour elle, la scène n'eut pas lieu, le contrat fut instrumenté, son immeuble fut « vendu » et grevé d'une hypothèque en faveur de deux prêteurs.

Informée de cette expropriation frauduleuse dans les semaines suivantes, cette propriétaire trompée dépose deux recours, le premier en annulation de la vente et le second en annulation et radiation de l'hypothèque grevant le bien ainsi vendu. La première demande est accueillie en 2018. La seconde l'est, deux ans plus tard, par la Cour supérieure<sup>3</sup>. Appliquant le second alinéa de l'article 1707 C.c.Q., dont le texte nous indique que « [l]es autres actes accomplis au profit d'un tiers de bonne foi sont opposables à celui à qui est due la restitution »<sup>4</sup>, le juge Collier refuse de reconnaître le droit des tiers prêteurs qui, dit-il en substance, n'ont pas démontré leur bonne foi.

Appelée à critiquer cette décision par les prêteurs, la Cour d'appel en accepte le dispositif, pour des motifs toutefois bien différents. Pour déterminer ce qu'il advient de l'« hypothèque consentie par un constituant dont le “titre” a été acquis d'une personne ayant *subtilisé* l'identité du véritable propriétaire »<sup>5</sup>, nous dit le juge Moore, l'article 1707 C.c.Q. n'est d'aucune utilité. Inapplicable, cette disposition qui protège la confiance légitime des tiers de bonne foi, et dont le propre est de programmer les effets d'un contrat *annulé*, doit en effet faire place à une analyse fondée sur les effets de l'*inexistence* d'un contrat, dans ce contexte, translatif des droits que revendiquent les prêteurs.

En l'espèce, l'hypothèque consentie à ceux-ci l'ayant été par une personne qui, au moment de la constituer, ne détenait pas les droits sur le bien grevé, ce sont les règles de l'hypothèque sur le bien d'autrui qui s'appliquent<sup>6</sup>. En vertu de l'article 2670 C.c.Q., cette hypothèque ne prend effet et ne greve le bien qu'à partir du moment

---

3. *Kurstak c. Nicolaidis*, 2022 QCCS 1036.

4. Art. 1707, al. 2 C.c.Q.

5. *Stamir Investments Inc.*, 2022 QCCA 337, p. 6.

6. Art. 2670 C.c.Q.

où cette personne devient titulaire du droit sur le bien hypothéqué. Or, dans un cas d'usurpation d'identité, une telle hypothèque ne peut prendre effet et grever le bien, puisque cette personne, qui ne détient pas ce droit au moment de consentir l'hypothèque, n'en deviendra jamais titulaire. En effet, la véritable propriétaire du bien n'ayant pas consenti à le vendre, le contrat de vente est simplement inexistant; en d'autres termes, à défaut de l'accord de volonté qui qualifie le contrat, il y a absence de contrat<sup>7</sup>. De fait, les droits sur le bien ne sont pas transférés, l'hypothèque n'est pas née et les tiers prêteurs n'ont aucun droit à opposer et à inscrire au registre approprié. En d'autres termes, la sûreté que tentent d'opposer les prêteurs à la véritable titulaire des droits ne peut exister, celle-ci n'ayant jamais manifesté de volonté de les transférer à la personne l'ayant constituée.

On le constate facilement, au-delà de l'application des dispositions du Code en matière d'hypothèque, c'est d'abord et avant tout sur le principe de « l'inexistence du contrat »<sup>8</sup> translatif « du droit hypothéqué »<sup>9</sup> ou, pour être plus précis, de l'inexistence de la volonté manifestée de contracter, que reposent les motifs de l'arrêt. En vertu de ce principe, qu'expliquait en ces termes la Cour suprême en 2019<sup>10</sup> :

[...] un contrat se définit comme un accord de volonté par lequel une personne ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres (art. 1378, al. 1 C.c.Q.). Sans un tel accord, il n'y a pas de contrat. L'absence d'offre, le refus d'une offre de contracter ou l'absence d'acceptation mènent au même résultat : le projet de contracter n'aboutit pas et le contrat ne naît donc jamais (art. 1386 et 1387 C.c.Q.).

*A fortiori*, en l'absence de tout « projet de contracter » ou, pour reprendre les termes de la Cour d'appel, « *de tout consentement*, le contrat ne peut avoir été formé et est inexistant »<sup>11</sup>. De fait, le contrat translatif de droits auquel ne consent pas la personne qui en est titulaire n'existant pas, les droits en question ne sont pas transférés

---

7. Michelle CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, coll. « Minerve », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 147, n° 199.

8. *Montréal (Ville de) c. Octane Stratégie inc.*, 2019 CSC 57, par. 61.

9. Art. 2670 C.c.Q.

10. *Montréal (Ville de) c. Octane Stratégie inc.*, 2019 CSC 57, par. 61

11. *Stamir Investments Inc. c. Kurstak*, 2022 QCCA 337, p. 10 (les italiques sont de l'auteur).

et l'hypothèque ne peut les grever. En d'autres termes, l'inexistence du contrat translatif du droit de propriété emportant celle de l'hypothèque qui devait le grever, le créancier hypothécaire n'a aucun droit à faire valoir contre le bien de la véritable propriétaire.

La solution peut paraître simple, si ce n'est banale, mais elle ne l'est pas. Loin d'être usuelle, elle repose sur un principe, celui de l'inexistence du contrat, que l'on pensait disparu du droit civil québécois<sup>12</sup>, et qui découle d'une conception « fondée sur la distinction ancienne entre conditions d'existence et conditions de validité des contrats »<sup>13</sup>. On pensait en effet, jusqu'à tout récemment, que « seule l'annulabilité [avait] survécu » à la recodification du droit civil, « même si elle [prenait alors] officiellement la dénomination de "nullité" »<sup>14</sup>. Or, à en croire cet arrêt de la Cour d'appel qui confirme l'existence de ce principe d'inexistence, tel n'est pas le cas. Il y aurait ainsi, aux côtés de l'annulabilité – absolue ou relative – du contrat invalide, l'inexistence du contrat qui ne consacre pas un échange de volonté.

Cette conception, que font tranquillement réapparaître les tribunaux, a donc pour effet d'ériger à nouveau une distinction entre l'inexistence et l'annulabilité du contrat qui peut, de prime abord, sembler contraire à la volonté des codificateurs de 1991 et à l'architecture même du Code qu'ils ont créé. L'article 1416 indique, en effet, que « [t]out contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité ». Or, le titre de la sous-section 1 de la section III du Chapitre deuxième, dans laquelle se trouvent entre autres les articles 1385 à 1387 C.c.Q., est sans équivoque : « Des conditions de formation du contrat ». Logiquement, l'échange de consentement constitue donc une de ces conditions de formation. De fait, son absence ne serait pas l'équivalent de l'inexistence du contrat, mais bien la source d'un droit d'en critiquer la validité, d'en demander l'annulation. Il est toutefois

- 
12. Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 339 et 340; Sébastien GRAMMOND, Anne-Françoise DEBRUCHE et Yan CAMPAGNOLO, *Quebec Contract Law*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, n<sup>o</sup> 266. Sur le parcours de cette théorie, dans le droit du *Code civil du Bas-Canada*, voir : P.-G. JOBIN, « L'inexistence dans le droit commun des contrats », (1974) 15 *C. de D.* 173.
  13. Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n<sup>o</sup> 287.
  14. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, n<sup>o</sup> 1103.

possible de trouver ailleurs, à même le texte de l'article 1378 C.c.Q. – qui précède la sous-section 1 –, la source de la distinction entre inexistance et annulabilité *du contrat*. L'inexistence ne serait alors pas tant celle de la rencontre de deux volontés distinctes que celle de l'« accord de volonté » qu'elle crée<sup>15</sup>, bref du contrat ! Dans ce contexte, le contrat inexistant serait celui qui ne répond pas à sa définition<sup>16</sup>.

Quoi qu'il en soit, si cet atavisme semble désormais bien réel, en droit positif, c'est en prenant la mesure des effets concrets que pourrait avoir la décision de ne pas l'appliquer que l'on comprend l'intérêt véritable de le convoquer. Alors que, par exception au droit commun<sup>17</sup>, le régime de protection de l'apparence contractuelle que consacre l'article 1707 C.c.Q. privilégie les droits des tiers de bonne foi, en cas d'annulation du contrat qui les a fait naître, le régime de l'inexistence protège ceux de la véritable propriétaire du bien, qui n'a jamais consenti à s'en départir. Dans un tel contexte, la Cour énonce ce qui suit :

[il] paraît raisonnable de faire supporter ce risque par le créancier hypothécaire, lequel, contrairement au propriétaire, est non seulement à la base de celui-ci, mais, surtout, est celui qui peut, à l'aide de procédures de vérification et de mécanismes de sécurité robustes, juguler, voire éradiquer le risque de fraude, ce qu'il fait d'ailleurs généralement. Dans les cas où ces mécanismes ne suffisent pas, il lui revient d'en supporter les conséquences.<sup>18</sup>

Au-delà de son rejet apparent, en 1991, par les codificateurs du droit civil québécois, c'est, selon toute vraisemblance, l'inutilité de la théorie de l'inexistence qui l'a maintenue si longtemps dans l'ombre du principe d'annulabilité des contrats. Or, en nous rappelant, au passage, que les notions du droit civil ne sont pas immuables, cet arrêt ingénieux de la Cour d'appel démontre bien que la « notion d'inexistence [n'est pas] inutile en dehors du cas du mariage, où il

---

15. C'est ce que l'on retient de la première partie du paragraphe 61 de l'arrêt *Montreal (Ville de) c. Octane Stratégie inc.*, 2019 CSC 57.

16. Jacques GHESTIN *et al.*, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Tome II « L'objet et la cause – Les nullités », 4<sup>e</sup> éd., 2013, Paris, L.G.D.J., p. 833, n<sup>o</sup> 2133. Voir aussi : Michelle CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, coll. « Minerve », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 132 et s., n<sup>os</sup> 176 et s.

17. *Ostiguy c. Allie*, 2017 CSC 22, par. 59.

18. *Stamir Investments Inc. c. Kurstak*, 2022 QCCA 337, par. 47.

est admis qu'il n'y a pas de nullité sans texte »<sup>19</sup>. Au contraire, on en découvre, voire en étend aujourd'hui toute l'utilité en constatant ce qu'elle permet d'éviter : favoriser les *intérêts* d'un tiers au détriment des *droits* de la propriétaire.

Exemple type, s'il en est, d'une décision qui, en combinant finement les principes du droit civil, parvient à convoquer la – trop petite ? – part d'équité qu'ils consacrent, les motifs qui constituent le cœur de l'arrêt nous rappellent également qu'entre les droits de la personne qui n'a jamais voulu s'engager et ceux de celle qui, le faisant, s'est fait tromper, le droit civil a fait son choix : protéger la liberté de ne pas s'engager.

Pour l'ensemble, l'article 1372 C.c.Q. est clair : n'est source d'obligations *contractuelles* que le contrat, l'accord de volonté. À défaut d'un tel accord de volonté, le contrat et les obligations n'existent pas. Pour la partie seulement, le principe vaut tout autant : une obligation ou une norme contractuelle ne fait partie d'un contrat que si toutes les personnes contractantes ont déclaré vouloir ou ont au moins consenti à y être liées<sup>20</sup>. Ce principe de « l'inexistence de l'obligation », est d'autant plus évident lorsque le contrat auquel est partie la personne contractante est d'adhésion et que les clauses qu'on cherche à lui opposer sont externes<sup>21</sup>. En ce cas, nous le rappelait récemment la Cour supérieure dans une décision signée par le juge Pless, la personne adhérente doit avoir consenti à chacune des clauses externes auxquelles veut l'astreindre la personne stipulante<sup>22</sup>. À défaut, pour cette dernière, de prouver le contenu de ce qu'elle considère être le *negotium* et de convaincre la Cour que les clauses qui s'y retrouvent ont bel et bien été communiquées et acceptées par la personne à qui elle les oppose, aucune obligation ou norme qui s'y trouve ne s'impose à elle. En l'espèce, c'est dire que l'institution bancaire qui n'est ni en mesure de prouver le contenu du contrat qu'elle impose, ni capable de démontrer que l'autre partie y a adhéré, ne peut se prévaloir

---

19. Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n<sup>o</sup> 283. Voir, dans le même sens, Philippe MALINVAUD, Mustapha MEKKI et Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des obligations*, 16<sup>e</sup> éd., Paris, Lexis Nexis, 2021, p. 383.

20. Art. 1434 C.c.Q.

21. Art. 1435 C.c.Q.

22. *Alfagomma Inc. c. HSBC Bank Canada*, 2022 QCCS 3655.

d'une clause d'exclusion de responsabilité pour éviter les sanctions civiles qui découlent de l'inexécution de ses obligations<sup>23</sup>.

## 2. L'effet relatif du principe de l'effet relatif du contrat

Le droit civil n'évolue pas qu'en retrouvant ses fondements. Il le fait également, parfois, en les relativisant, en les adaptant aux réalités des destinataires de ses normes. Un des exemples les plus marquants d'une telle transformation est certainement celui du « principe » de l'effet relatif du contrat. Ce principe, qui précède désormais ses « exceptions », à l'article 1440 C.c.Q., connaît en effet tellement de tempéraments qu'il n'est pas exagéré de dire que, la plupart du temps, le contrat peut donner des droits<sup>24</sup>, mais surtout engager des personnes qui n'ont pas contribué personnellement à l'accord de volonté. Concrètement, alors que les personnes héritières sont liées par les obligations de leurs auteurs<sup>25</sup>, celles qui n'ont pas constitué le contrat ou que la loi n'inclut pas directement dans l'accord de volonté sont tout de même tenues de ne pas nuire à son exécution<sup>26</sup>. De même, les personnes mandataires qui, faut-il le rappeler, ne sont pas elles-mêmes « parties » au contrat<sup>27</sup>, ne doivent ni outrepasser les limites de leur mandat<sup>28</sup> ni favoriser la défaillance du contrat qu'elles ont pour fonction d'exécuter. À défaut, elles peuvent être engagées personnellement envers l'une ou l'autre des parties au contrat.

C'est sur un scénario de ce type que se sont penchés trois juges de la Cour d'appel, dans l'arrêt *Shamir c. Procureur général du Canada (Ministère de la Défense)*<sup>29</sup>. Les faits de cette décision « ne

23. Le juge aurait, dans tous les cas, réputé non-écrite la clause pour la simple – et bonne – raison qu'elle élude les obligations fondamentales de l'institution et qu'elle est, de ce fait, contraire à l'article 1437 C.c.Q. : *Alfagomma Inc. c. HSBC Bank Canada*, 2022 QCCS 3655, p. 25 et 26.

24. Art. 1441 et 1442 C.c.Q.

25. Art. 1441 C.c.Q.

26. Voir le résumé excellent de la juge Bich : *Khader c. SNC-Lavalin inc.*, 2021 QCCA 1296, par. 62 à 76. En 2022, voir : *Bell Mobilité inc. c. Investissements AP Wireless*, 2022 QCCS 3731.

27. Contrairement à ce qu'affirme la Cour d'appel, dans la décision commentée, le mandataire de l'entreprise est bel et bien un tiers aux contrats qui engagent l'entreprise, du moins dans la mesure, toujours, où il est titulaire du pouvoir de représenter l'entreprise dans l'exécution d'un acte juridique (art. 2130 C.c.Q.). Voir, à ce sujet, *infra*, note 41.

28. Art. 2157 et 2158 C.c.Q.

29. *Shamir c. Procureur général du Canada (Ministère de la Défense)*, 2022 QCCA 557.

sont pas très compliqués », pour reprendre leurs termes<sup>30</sup>. Au début des années 2000, une entreprise (« l'entreprise ») remporte un appel d'offres, dont l'objet est de fournir un service de connexion Internet au ministère de la Défense (« Ministère »). Le contrat liant l'entreprise au Ministère impose à la première l'obligation de fournir cette connexion à raison d'un minimum de 15 000 heures par mois. L'entreprise, qui doit également fournir « sans frais » une ligne téléphonique nécessaire, à l'époque, pour rejoindre « la toile », reçoit, en échange, 0,37 \$ par heure d'utilisation, soit 370 \$ par 1000 heures. Le contrat prévoit explicitement qu'aucun coût additionnel ou frais « caché » ne sera facturé au Ministère. Le contrat de service est, en d'autres termes, à forfait au sens de l'article 2109 C.c.Q.

Rapidement, l'entreprise s'aperçoit qu'elle s'est trompée en évaluant le coût d'exécution de ses obligations. La ligne téléphonique, pour laquelle elle ne peut réclamer aucun paiement précis, lui coûte beaucoup plus cher que ce qu'elle avait estimé. Contrairement à ce que prévoit l'article 2109, al. 2 C.c.Q. et, selon toute vraisemblance, le contrat, ses administrateurs décident alors de modifier unilatéralement ce dernier, en facturant des frais supplémentaires pour chaque heure d'utilisation injustifiée de cette ligne téléphonique. Au fil des mois, l'entreprise « facture » ainsi beaucoup plus au Ministère que le maximum prévu au contrat. Constatant ce fait, les fonctionnaires, qui peinent à obtenir des explications sur cette hausse et ses raisons, décident de cesser le paiement des sommes supplémentaires.

Dans les mois qui suivent, soit en 2007, l'entreprise dépose un recours contre le Ministère pour obtenir le paiement des sommes demandées. Le Ministère poursuit à son tour l'entreprise pour obtenir restitution des sommes qu'il prétend ne pas être dues. Avant même que l'affaire ne soit entendue, l'entreprise déclare faillite. Le Ministère ne pouvant plus espérer quoi que ce soit de l'entreprise<sup>31</sup>, ses avocat-e-s décident donc de poursuivre les administrateurs personnellement, sur le fondement de l'article 1457 C.c.Q. On prétend, en substance, qu'« en participant activement à l'exercice d'augmentation substantielle des heures réelles d'utilisation de la Ligne sans frais, hors la connaissance »<sup>32</sup> du Ministère, tout en dissimulant ce

---

30. *Shamir c. Procureur général du Canada (Ministère de la Défense)*, 2022 QCCA 557, p. 2.

31. Art. 1458, 1590 et 2160 C.c.Q.

32. *Procureur général du Canada (Ministère de la Justice) c. Shamir*, 2020 QCCS 4433, par. 12.

fait à ce dernier, les administrateurs ont manqué au devoir que leur impose l'article 1457 C.c.Q., engageant ainsi leur responsabilité extracontractuelle. L'entreprise conteste, en tentant d'établir que la modification du contrat n'était ni inconnue du Ministère ni unilatérale.

L'affaire traîne durant de longues années, pour être finalement tranchée, sur le fond, en 2020. En première instance, la Cour supérieure donne alors raison au Ministère, en déterminant, pour l'essentiel, que « le manque de transparence de la part des Défendeurs, l'absence de consentement du Demandeur et [le] délai à expliquer clairement la structure adoptée pour le calcul des heures facturées » constituent autant de fautes extracontractuelles dont sont responsables les administrateurs « y ayant participé activement »<sup>33</sup>. Selon la Cour, « l'administrateur [qui] participe à la faute de l'entreprise, engage sa responsabilité personnelle »<sup>34</sup>. Confirmant le dispositif de la Cour supérieure, la Cour d'appel propose toutefois une lecture un peu plus précise du droit positif. S'il est vrai, dit-elle, qu'« en application de l'article 1457 C.c.Q., le représentant de la société est responsable personnellement s'il commet lui-même une faute extracontractuelle », cette « responsabilité personnelle du dirigeant doit demeurer l'exception plutôt que la règle et doit se limiter aux cas clairs »<sup>35</sup>. À ce titre, il ne suffit pas que l'administrateur *participe* à la faute contractuelle de l'entreprise pour être lié personnellement : la « faute du dirigeant doit être indépendante de la violation contractuelle de la société »<sup>36</sup>.

Bien qu'elle émerge d'un contentieux commercial largement influencé par la common law<sup>37</sup>, cette conception restrictive que traduit cette condition *sine qua non* d'indépendance, voire de différenciation entre la défaillance contractuelle de la part de l'entreprise mandante et la faute extracontractuelle de la personne qui

---

33. *Procureur général du Canada (Ministère de la Justice) c. Shamir*, 2020 QCCS 4433, par. 92, voir également les par. 46 et s.

34. *Procureur général du Canada (Ministère de la Justice) c. Shamir*, 2020 QCCS 4433, par. 94.

35. *Shamir c. Procureur général du Canada (Ministère de la Défense)*, 2022 QCCA 557, par. 16 et 17.

36. *Shamir c. Procureur général du Canada (Ministère de la Défense)*, 2022 QCCA 557, par. 18. Voir aussi les par. 20, 22 et 26.

37. Paul MARTEL, *La société par actions au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2022-2023, par. 24-252 et s.

l'administre – la mandataire<sup>38</sup> – est tout aussi conforme à la logique du droit civil que pertinente pour l'étude du droit des obligations<sup>39</sup>.

D'une part, en ne faisant, au mieux, que tempérer le principe de la relativité des conventions, elle évite d'abord d'entamer les intérêts qu'il défend : le principe est ainsi sauf, le *contrat* n'engage directement que les personnes qui y ont consenti, les tiers n'y sont pas liés. À ce titre, soulignons qu'à titre général, l'article 2157 C.c.Q., qui reconnaît que « [le] mandataire qui, dans les limites de son mandat, s'oblige au nom et pour le compte du mandant, n'est pas personnellement tenu envers les tiers avec qui il contracte », ne crée pas, à proprement parler, une immunité du mandataire; il ne fait, au mieux, que réitérer le principe de la relativité des conventions que codifie l'article 1440 C.c.Q., ce principe simple, aux effets parfois très contestables, suivant lequel le contrat n'engage directement que les personnes qui y sont parties<sup>40</sup>.

En effet, en contractant « au nom et pour le compte du mandant », la personne mandatée par ce dernier n'est pas partie au contrat<sup>41</sup>. De ce fait, n'étant pas responsable de l'exécution des obligations qu'il fait naître, même si elle est, dans les faits, mandatée pour les exécuter, elle n'est pas « immunisée » contre les conséquences de leur inexécution : elle n'en est simplement pas responsable.

---

38. Art. 321 C.c.Q.

39. À noter que les développements ne considèrent pas les spécificités de la responsabilité des administrateurs de sociétés par actions fédérales. Sur celles-ci, voir : Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, par. 995 à 1002.

40. Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoit MOORE, *La responsabilité civile*, 9<sup>e</sup> éd., vol. 1, *Principes généraux*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 194, n<sup>o</sup> 1-184.

41. Avec égards, contrairement à ce qu'écrit la Cour d'appel, dans cet arrêt, l'administrateur de l'entreprise, mandataire au sens de l'article 321 C.c.Q., est un tiers aux contrats qui lient cette dernière : s'il n'est pas un tiers « absolu », totalement « étranger », il ne fait tout de même que représenter la personne qui lui délègue ses pouvoirs, qui, elle, est partie au contrat, dans l'exécution d'un acte juridique dont elle est responsable. Il est un tiers au contrat. C'est d'ailleurs cette raison qui explique que l'autre partie au contrat peut « cumuler un recours contractuel contre la société pour bris de contrat et un recours extracontractuel contre les administrateurs [...], nonobstant l'article 1458 du *Code civil du Québec* » (Paul MARTEL, *La société par actions au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2022-2023, par. 24-278), cet article n'interdisant l'option ou le cumul des recours qu'entre les cocontractants. Inversement, les personnes cocontractantes sont des tiers au contrat de mandat, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas « parties au contrat de mandat entre le mandant et le mandataire, mais [...] sont affectées par la procuration », Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 49.

En fait, elle n'est responsable que des dommages qu'elle cause à cette personne dans la mesure où, à l'extérieur de ce scénario, elle outrepassa son mandat et manque au devoir que lui impose l'article 1457 C.c.Q.<sup>42</sup>. Concrètement, c'est donc dire que contrairement à ce qui semble être le cas en common law<sup>43</sup>, les mandataires de l'entreprise n'ayant pas à subir les effets d'un déraillement du contrat qui ne les lie pas, l'« administrateur d'une compagnie n'est personnellement responsable que s'il commet une faute indépendante des obligations contractuelles ou légales de celle-ci »<sup>44</sup>. Dans le cas contraire, seule l'entreprise mandante – par ailleurs contractante – peut être poursuivie par sa cocontractante<sup>45</sup>.

D'autre part, en insistant ainsi sur l'importance de protéger la relativité du lien contractuel, elle rappelle toute l'importance, dans un tel contexte de « délégation » de l'exécution du contrat, du principe corollaire à celui de l'effet relatif des contrats, soit celui que l'on nomme, à tort, de la *responsabilité contractuelle du fait d'autrui*<sup>46</sup>. Faisant l'objet de peu de discussion en doctrine, ce principe – pourtant évident – du droit civil des contrats qui n'est, au fond, rien de moins qu'une réitération de celui de la force obligatoire des contrats, nous rappelle que si les parties au contrat ne sont effectivement liées *qu'entre elles*, elles sont tout de même liées *entre elles*. À ce titre, elles sont responsables de l'inexécution de leurs prestations, qu'elles aient ou non été, dans les faits, exécutées par elles ou par

---

42. *Rosenberg c. Industries Ultratainer Inc.*, 2001 CanLII 9943 (QC C.A.); *Café Ltd. c. Harper*, [1968] C.S. 235. Il n'est pas suffisant d'outrepasser son mandat – du moins pour que les mandataires soient responsables envers les tiers –, encore faut-il que la personne mandataire manque au devoir que lui impose l'article 1457 C.c.Q., *Guenneville c. Chevalier*, 2022 QCCA 218; *9081-3882 Québec inc. c. 9124-7213 Québec inc.*, 2022 QCCA 824. À ce titre, le « manque de courtoisie [du mandataire] et son attitude désinvolte ou arrogante ne sont pas » suffisants pour constituer une faute, le « Code civil [n'étant] pas un manuel de civilité ou d'étiquette », *10009431 Canada inc. c. Librairie Renaud-Bray inc.*, 2021 QCCS 5094, par. 42.

43. Paul MARTEL, *La société par actions au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2022-2023, par. 24-336 à 24-360.

44. *Emballages Alpha inc. c. Industries Rocand inc.*, 2011 QCCA 1114, par. 52. Dans le même sens, Paul MARTEL, *La société par actions au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2022-2023, par. 24-360 et 24-377.

45. *Shamir c. Procureur général du Canada (Ministère de la Défense)*, 2022 QCCA 557, par. 15.

46. L'expression est utilisée dans le sens que lui reconnaît généralement la doctrine québécoise, sens qui est toutefois inapproprié, dans la mesure où la responsabilité n'est pas celle pour le manquement d'autrui, mais bien pour un manquement à une obligation dont est débitrice la personne qui s'est engagée.

des tiers : *Qui facit per alium facit per se*<sup>47</sup>. Dans ce contexte, sans être subsidiaire, la responsabilité extracontractuelle des mandataires ne peut donc être que complémentaire : sauf les cas de faillite, les personnes contractantes pourront, au mieux, poursuivre leurs cocontractantes et ses mandataires ayant commis des fautes indépendantes – contractuelle, d’une part, extracontractuelle d’autre part<sup>48</sup>.

En théorie, l’exercice de différenciation des fautes semble donc respecter la logique du droit québécois des obligations et les principes qui en forment le cœur. En pratique, toutefois, sa réalisation semble plus compliquée. En deux mots, dans la mesure où tout repose sur la distinction entre l’inexécution contractuelle de la personne contractante – la personne morale, dans ce contexte – et la faute extracontractuelle de la personne qu’elle a mandatée pour exécuter le contrat<sup>49</sup>, le partage de responsabilité entre celles-ci et la détermination du lien de causalité ne peuvent se faire qu’au prix d’un calcul casuistique périlleux. La question est alors simple, mais sa réponse concrète l’est beaucoup moins : comment différencier la simple contribution à l’inexécution contractuelle de l’entreprise mandante de la véritable faute extracontractuelle de la personne mandataire ?

De deux choses l’une. Soit la faute est véritablement distincte, c’est-à-dire que son *objet* est totalement différent de celui du contrat, auquel cas le principe de la responsabilité contractuelle « du fait d’autrui » ne s’applique logiquement pas : le scénario en est un de manquement à un devoir qui n’a rien à voir avec l’exécution des obligations que fait naître le contrat. Soit la faute est distincte, mais tout de même liée au contrat : commise à l’occasion de la formation, de l’exécution ou de l’extinction de ce dernier, le devoir qui est enfreint à l’extérieur du cercle contractuel n’aurait pas d’objet, sans ce contrat. Dans ce dernier cas, le seul pertinent dans le contexte, la

---

47. Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 129.

48. Et encore, les tiers ne peuvent poursuivre qu’en responsabilité contractuelle, dans ce contexte, les personnes avec qui elles ont contracté, l’article 1463 C.c.Q. ne pouvant être appliqué en raison de l’interdiction de l’option, art. 1458 C.c.Q. Voir, en ce sens, Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 367.

49. Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 9<sup>e</sup> éd., vol. 1, *Principes généraux*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 111, n<sup>o</sup> 1-121.

personne mandataire participe « activement »<sup>50</sup> à l'inexécution contractuelle, elle en est l'instigatrice, le cœur<sup>51</sup> ou, encore, plus simplement, abuse des pouvoirs qui lui sont donnés par la personne mandante, dans la représentation de ses droits, à l'une ou l'autre des phases du contrat. Or, dans ces deux dernières hypothèses, la distinction entre l'inexécution contractuelle et la faute extracontractuelle ne semble pas tant être tracée par un critère déterminé que par l'intensité de la faute de la personne mandataire.

En tentant de résumer, si ce n'est de simplifier une série de décisions dont le propre n'est pas d'être des plus constantes, cette dernière n'est généralement pas responsable du préjudice des tiers si elle commet une faute « simple » en exécutant son mandat, c'est-à-dire en formant, exécutant ou éteignant les obligations nées du contrat liant les tiers et la personne qui lui transfère ses pouvoirs<sup>52</sup>. En revanche, elle l'est beaucoup plus souvent si cette faute est près de celle qu'on dirait lourde<sup>53</sup>, c'est-à-dire si elle exécute ce mandat d'une manière malicieuse, frauduleuse, en adoptant un « comportement suffisamment grave »<sup>54</sup> dans l'exécution de ses fonctions, si ce n'est en confondant ses intérêts et ceux de la personne qui l'a mandatée, voire son bénéficiaire personnel et celui de l'entreprise ou de la personne représentée<sup>55</sup>.

À en croire les superlatifs utilisés par les tribunaux, la distinction entre la faute personnelle de la personne mandataire et l'inexécution contractuelle de la personne qui lui donne ses pouvoirs semble donc suivre le rythme de l'intensité du manquement de la première. Le constat ne surprend guère, compte tenu de l'objet commun de la faute et de l'inexécution, dans ce contexte. Après tout, en matière de responsabilité des mandataires et des administrateurs, plus particulièrement, considérer qu'une faute dans l'exécution de ses fonctions est nécessairement synonyme d'une faute extracontractuelle aurait pour effet de rendre les administrateurs cautions de la bonne exécution des contrats qui ne les engagent pourtant pas

---

50. *Lanoue c. Brasserie Labatt ltée*, 1999 CanLII 13784 (QC C.A.); *Rosenberg c. Industries Ultratainer Inc.*, 2001 CanLII 9943 (QC C.A.), par. 24.

51. *Méthot c. Banque fédérale de développement*, 2006 QCCA 648.

52. *Altitude 505 inc. c. Investissements MLC inc.*, 2011 QCCA 1178.

53. Art. 1474 C.c.Q.

54. *Shamir c. Procureur général du Canada (Ministère de la Défense)*, 2022 QCCA 557, par. 22.

55. Paul MARTEL, *La société par actions au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2022-2023, par. 24-252 et s.; voir aussi par. 24-377.

personnellement. À l'inverse, toutefois, considérer que les mandataires ne peuvent engager leur responsabilité personnelle, sauf l'hypothèse d'une faute « intentionnelle », priverait les tiers d'un droit à la réparation du préjudice causé par un manquement au devoir qui s'impose pourtant à toute personne<sup>56</sup>.

Si elle semble consacrer un équilibre entre le droit de ne pas contracter – que protège la relativité des contrats – et celui d'être indemnisé pour le tort injustement causé, cette « solution » n'est tout de même pas idéale. Exception faite des situations évidentes, l'absence de véritables critères rend l'exercice de distinction et le droit qu'il permet d'appliquer incertains<sup>57</sup>. De même, et plus encore, elle institue une différenciation injustifiée entre les mandataires, que le Code immunise contre les effets d'une faute extracontractuelle simple, et les simples préposés, à qui ce dernier ne réserve aucune protection particulière en la matière.

### **3. L'effet environnemental de la clause pénale**

Si l'application, par les tribunaux, du principe de l'effet relatif des contrats crée certaines incertitudes et incohérences, l'exercice de la liberté contractuelle, par les parties à un contrat de gré à gré, crée parfois, pour sa part, des effets inattendus. Une décision de la Cour supérieure du Québec, signée par l'honorable juge Brodeur, nous en donne un bon exemple<sup>58</sup>.

En 2006, un couple, propriétaire d'un terrain boisé gigantesque, situé sur le bord du lac Brompton, en Estrie, décide d'y établir un domaine « écologique ». Le plan est simple : vendre des parties de ce terrain que possède, conserve et protège le couple depuis alors plus de 30 ans, à des personnes qui, partageant ses valeurs écologiques, acceptent de s'astreindre à une série d'obligations environnementales. Les personnes intéressées à acheter un terrain doivent se soumettre à un processus de sélection hors norme, dans lequel elles démontrent au couple leur adhésion à une série de valeurs environnementales, ainsi qu'à l'objectif principal du domaine, celui

---

56. Art. 1457 C.c.Q.

57. La jurisprudence pourrait, en ce sens, s'inspirer des critères développés pour appliquer l'article 1463 C.c.Q., en faisant les adaptations nécessaires, fondées sur les fonctions respectives de la véritable responsabilité du fait d'autrui et de l'inexécution contractuelle dont est responsable la personne contractante, qu'elle qu'en soit la source.

58. *Domaine du Mont Cathédrale inc. c. Bélanger*, 2022 QCCS 2268.

d’instaurer « un mode de vie unique, caractérisé par l’insertion du milieu humain dans un environnement naturel sauvage »<sup>59</sup>. Pour confirmer leur adhésion à ce principe, et aux nombreuses obligations et normes qui en découlent, elles doivent, qui plus est, consentir à la Charte du domaine. Cette dernière, qui est éventuellement intégrée dans l’acte de vente :

[e]st un document détaillé, comprenant un ensemble de normes visant notamment la protection du drainage naturel et la percolation des sols, le contrôle de l’érosion et des sédiments, la protection de la qualité de l’eau du lac et de la forêt, des modalités de vie afin d’assurer la paix des résidents (normes sur le bruit, l’éclairage, périodes spécifiques pour l’exercice de certaines activités, etc.) ainsi qu’une série de normes précises concernant l’intégration architecturale des résidences et l’aménagement des lots.<sup>60</sup>

Constituée de plusieurs chapitres, cette Charte contient diverses dispositions établissant les normes de construction des immeubles et d’habitation des lots, de même qu’une servitude « écologique » visant à pérenniser le Domaine et ses valeurs<sup>61</sup>. Cette Charte et les autres documents liant les parties donnent également au Domaine une série de pouvoirs pour assurer le respect des différentes normes qu’ils établissent. Enfin, une clause pénale, stipulée dans la Charte, prévoit une pénalité forfaitaire de 1000 \$ pour toute « infraction aux engagements » qu’elle contient, de même qu’une pénalité additionnelle de 200 \$ « pour chaque jour de défaut à compter de la réception »<sup>62</sup> d’un envoi constatant l’infraction. Bref, cette Charte, reproduite dans le contrat de vente de chaque terrain, contractualise une série de normes et d’obligations environnementales, dont l’exigence se mesure aisément à l’importance des sanctions qu’elle stipule et qui, dans tous les cas, ont pour effet de tenir à bonne distance les « écolo[s] du dimanche sans conviction profonde »<sup>63</sup>.

En 2012, un couple, dont les convictions ne font alors pas de doute, et pour qui les valeurs du domaine ne constituent, dans les faits, rien de moins que la cause de leur contrat<sup>64</sup>, achète un des terrains du Domaine. En 2018, le couple y entame la construction de sa résidence. L’aventure, jusque-là paisible, se complique : le

---

59. *Domaine du Mont Cathédrale inc. c. Bélanger*, 2022 QCCS 2268, p. 2.

60. *Domaine du Mont Cathédrale inc. c. Bélanger*, 2022 QCCS 2268, par. 8.

61. *Domaine du Mont Cathédrale inc. c. Bélanger*, 2022 QCCS 2268, p. 4.

62. *Domaine du Mont Cathédrale inc. c. Bélanger*, 2022 QCCS 2268, p. 9.

63. *Domaine du Mont Cathédrale inc. c. Bélanger*, 2022 QCCS 2268, p. 3.

64. Art. 1410 C.c.Q.

processus d'installation est défaillant, la relation entre le couple et le Domaine s'assombrit, les fautes contractuelles se multiplient, les avis d'infractions fusent et de nombreuses demandes – principales, comme reconventionnelles, en Cour du Québec, comme en Cour supérieure – sont déposées. Le Domaine réclame l'exécution de la clause pénale, requérant le paiement d'une somme dépassant les 400 000 \$, ce à quoi le couple répond en réclamant, à son tour, le paiement d'une somme de près de 200 000 \$, en réparation de divers préjudices et, surtout, en contestant la validité de la clause pénale et la raisonnable des obligations qu'elle fait naître.

Analysant méticuleusement les nombreuses demandes des parties pour lesquelles elle a compétence, la juge de la Cour supérieure détermine d'abord, pour ce qui nous intéresse, que la clause pénale et les obligations auxquelles elle donne naissance sont valides, c'est-à-dire qu'il s'agit bel et bien d'une clause pénale, sanctionnant l'inexécution de diverses obligations principales par la naissance d'obligations accessoires dont l'objet – la pénalité – est déterminé et à laquelle les parties ont librement consenti. Dans les faits, toutefois, certaines de ces obligations accessoires ne sont pas nées, faute de démonstration des fautes contractuelles nécessaires à leur application<sup>65</sup>. Par ailleurs, si d'autres obligations accessoires sont bien nées à la suite de l'inexécution préjudiciable de diverses obligations principales, seules certaines d'entre elles peuvent être appliquées. À l'inverse, bon nombre doivent être réduites, parce que l'obligation principale qui les fait naître a été exécutée partiellement ou parce que leurs objets – les pénalités – sont déraisonnables, au sens de l'article 1623, al. 2 C.c.Q. Dans ce cas, la disproportion entre leurs objets – les « pénalités » – et la valeur réelle des préjudices subis en raison des manquements étant simplement trop importante pour pouvoir être avalisée, les sommes à payer sont réduites à ce qui semble être, dans le contexte, « raisonnable ». Le couple doit donc exécuter ses obligations accessoires, en payant au Domaine une somme d'environ 100 000 \$<sup>66</sup>.

65. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, n<sup>o</sup> 3002 : « La clause pénale [...] sanctionne l'inexécution fautive d'une obligation ». Voir : *Banque Nationale du Canada c. B2T Affaires + Technologies*, 2022 QCCS 1084; *Clinique vétérinaire Villeray-Papineau inc. c. 9264-7965 Québec inc.*, 2022 QCCA 70.

66. La somme totale est de 106 900 \$ additionnée des frais de justice et de certains frais d'expertise, moins un montant de 14 000 \$ octroyé au couple en dommages compensant de préjudice de différents ordres.

Condensée ainsi, cette décision de la Cour supérieure paraît simple, voire sans trop d'intérêt. Pourtant, derrière cette solution commune, se cachent quelques principes du droit contemporain des clauses pénales qui méritent rappel, si ce n'est discussion.

Au premier rang de ceux-ci, l'absence de longues discussions sur l'évaluation de la raisonnable des différentes pénalités démontre que le contentieux, en matière de « tangibilité » de la clause, a atteint un plateau : longtemps discutés, les critères d'évaluation du caractère abusif du montant de la pénalité – de l'objet de l'obligation accessoire – et de la révision qui doit lui être administrée semblent aujourd'hui faire l'objet d'un certain consensus. D'une part, comme le rappelait le juge Gagnon, dans une décision rendue en 2022, les tribunaux reconnaissent aujourd'hui sans réticence qu'« une clause pénale peut être *circonstancielle*ment abusive ou *intrinsèque*ment abusive »<sup>67</sup>. Dans le premier cas, il y a une disproportion entre l'obligation accessoire et l'obligation primaire, c'est-à-dire entre la valeur de la pénalité et de l'obligation à laquelle s'était engagée la personne débitrice. Dans le second, l'objet de l'obligation accessoire est beaucoup plus important que le préjudice réel de la personne créancière<sup>68</sup>. D'autre part, pour maintenir son caractère comminatoire, les tribunaux refusent de réduire l'objet de la clause jugée abusive à un montant inférieur à la valeur « réelle » du préjudice<sup>69</sup>.

Dans tous les cas, si son existence et sa mesure sont ainsi nécessaires pour déterminer le caractère abusif de la clause et la diminution de l'objet de l'obligation accessoire qu'elle fait naître, le préjudice semble jouer un autre rôle fondamental en la matière. *A priori*, pour être qualifiée comme telle, une clause ne doit en effet pas uniquement viser à pénaliser une défaillance contractuelle, mais

---

67. 3903460 Canada inc. c. Elphin inc., 2022 QCCA 1445, par. 97 (les italiques sont dans le texte).

68. C'est le cas d'espèce dans 3903460 Canada inc. c. Elphin inc., 2022 QCCA 1445, par. 116. Dans le même sens, voir : *Syndic de Commerce CBD inc.*, 2022 QCCS 3908, p. 15. Voir, toutefois l'étude de Julie PAQUIN, « Les approches judiciaires en matière de contrôle des clauses pénales abusives : étude exploratoire de la jurisprudence relative à l'article 1623 C.c.Q. », (2016) 50 R.J.T.U.M. 1, qui démontre l'existence et l'utilisation d'autres critères.

69. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, n° 3007. Voir, récemment, *Clinique vétérinaire Villera-Papineau inc. c. 9264-7965 Québec inc.*, 2022 QCCA 70; 3903460 Canada inc. c. Elphin inc., 2022 QCCA 1445, par. 110.

également à indemniser la personne qui en subit un préjudice<sup>70</sup>. Somme toute partagée<sup>71</sup>, cette position n'est toutefois pas unanime<sup>72</sup>. Le rôle indemnitaire de la clause dans sa qualification – et dans son application – est, à vrai dire, l'objet d'un débat doctrinal qu'entretiennent malheureusement les tribunaux de la province : celui de la clause pénale *simplement comminatoire*<sup>73</sup>. La question est simple, mais les incertitudes doctrinales et l'absence de décision de principe sur ce sujet nous privent d'une réponse claire : la clause qui ne vise qu'à punir est-elle une clause pénale ?

Sans ajouter à un débat doctrinal qui semble s'essouffler de lui-même<sup>74</sup>, soulignons simplement que si la clause pénale est un moyen de dissuader la défaillance contractuelle<sup>75</sup>, c'est bien parce qu'on envisage que cette dernière sera préjudiciable à la personne

- 
70. En droit français, voir : François TERRÉ *et al.*, *Droit civil. Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2022, nos 890 et s. Bien que ce soit généralement le cas, l'indemnisation peut être supérieure à celle stipulée, *Rosenbloom c. Viger Blouin*, 2022 QCCS 672.
71. Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n<sup>o</sup> 1095; Sébastien GRAMMOND, Anne-Françoise DEBRUCHE et Yan CAMPAGNOLO, *Quebec Contract Law*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, n<sup>o</sup> 372; Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, n<sup>o</sup> 789; Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, n<sup>o</sup> 467.
72. Voir, en ce sens, Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, n<sup>o</sup> 300.3. Plus généralement, pour une étude exhaustive de la question de la qualification et de l'applicabilité de la clause pénale, voir : Julie PAQUIN, « Le contrôle des clauses pénales en droit québécois : la clause pénale peut-elle être punitive ? », (2013) 47 *R.J.T.U.M.* 387.
73. Voir, en ce sens, *Gestess Plus c. Harvey*, 2008 QCCA 314, par. 21. De même, voir plus récemment : *3903460 Canada inc. c. Elphûn inc.*, 2022 QCCA 1445, par. 96 – qui qualifie de clause pénale une stipulation dont le caractère indemnitaire n'est pas évident à retrouver.
74. On notera, en ce sens, que le passage de la 6<sup>e</sup> édition du livre de Jean-Louis Baudouin, Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina auquel « répondent » les professeurs Lluelles et Moore, dans un passage cité par une décision de principe de la Cour d'appel – et dès lors recité à de multiples reprises – semble avoir été modifié, depuis. Les auteurs et l'autrice soulignent désormais que la clause pénale n'écarte pas, en principe « la condition fondamentale du droit de la responsabilité civile qu'est le préjudice; elle dispense uniquement le créancier de devoir établir ce préjudice *prima facie* et d'en prouver l'étendue », Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, nos 788 et 789.
75. Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, n<sup>o</sup> 467. Le créancier peut renoncer à « appliquer la clause », soit à exiger l'exécution de l'obligation que fait naître le manquement, *Ville de Montréal c. Compagnie de construction Édilbec inc.*, 2022 QCCA 1521.

créancière de l'obligation qui en est l'objet. Dans ce contexte, encore faut-il, pour qu'elle se *qualifie* ainsi, qu'elle vise au moins en partie à compenser ce préjudice. Le texte des articles 1622, al. 1 et 1623, al. 1 C.c.Q., leur position dans la section « De l'évaluation des dommages-intérêts » et la fonction compensatoire<sup>76</sup> de ces dommages-intérêts qu'elle anticipe permettent même d'aller plus loin et d'affirmer, avec d'autres, que le Code « insiste davantage sur l'aspect d'une évaluation par anticipation que sur l'aspect comminatoire, même si le terme “peine” est utilisé »<sup>77</sup>. De même, et plus généralement, en faisant du préjudice une « condition *sine qua non* »<sup>78</sup> de la responsabilité civile, c'est toute la fonction indemnitaire de ce système qui s'oppose à la qualification, au titre de clause pénale, de celle qui s'applique sans même qu'un préjudice soit né<sup>79</sup>.

Une chose paraît dès lors évidente : cet aspect compensatoire de la clause pénale n'est pas adapté aux scénarios dans lesquels le préjudice est difficilement identifiable ou qualifiable, comme l'est encore – en droit québécois du moins – celui qui résulte du manquement à une obligation ou une norme édictée dans le but de protéger directement l'environnement. À ce sujet, deux « modèles » d'obligations environnementales – et, de ce fait, de préjudices environnementaux – peuvent être distingués<sup>80</sup>. Dans le premier cas, les aspects « écologiques » de l'obligation et, surtout, du préjudice que fait naître l'inexécution des prestations qu'elle dicte sont considérés, mais indirectement, de manière dérivée : les « obligations [environnementales] imposent des devoirs permettant aux parties de veiller à leurs propres intérêts personnels patrimoniaux »<sup>81</sup> et les « consé-

76. Art. 1611, al. 1 C.c.Q.

77. Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 467.

78. Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 9<sup>e</sup> éd., vol. 1, *Principes généraux*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, n° 1-319.

79. D'ailleurs, en ce sens, comment expliquer que la personne qui subit la clause pénale puisse éviter son application en démontrant qu'elle n'a subi aucun préjudice de l'inexécution des obligations principales, si ce n'est que par la fonction indemnitaire, et dans ce cas inexistante, de la clause ? Voir, en 2022 : *Banque Nationale du Canada c. B2T Affaires + Technologies*, 2022 QCCS 1084; *Montréal Bulk Logistique inc. c. Ville de Montréal*, 2022 QCCQ 709.

80. Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, « Les obligations environnementales », dans M. HAUTEREAU-BOUTONNET (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2014, p. 483, à la page 486.

81. Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, « Les obligations environnementales », dans M. HAUTEREAU-BOUTONNET (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2014, (à suivre...)

quences, sur les personnes ou sur les biens, d'une atteinte à l'environnement [contraire à ce que stipule le contrat] sont de même nature que celles qui proviennent d'une atteinte ayant une tout autre cause »<sup>82</sup>. Bref, l'atteinte à l'environnement n'est pas sanctionnée comme telle, seules ses conséquences patrimoniales sur les parties ou les tiers au contrat le sont. Aujourd'hui, cette approche classique subjective de l'obligation environnementale et du préjudice du même nom fait toutefois place « aux obligations objectives tournées vers la satisfaction des intérêts de la nature plus collectifs »<sup>83</sup> et au préjudice catégorisé, en conséquence, de « préjudice écologique pur », c'est-à-dire « envisagé indépendamment de ses répercussions sur les sujets de droit »<sup>84</sup>. Le contrat et ses différentes stipulations ne sont alors plus tant l'outil de satisfaction d'intérêts matériels, individuels, mais bien de protection d'un « intérêt » tiers, celui de la « nature ».

En l'espèce, c'est une conception de ce type de l'obligation et du préjudice que semblent adopter les parties au contrat. En effet, on le constate rapidement en lisant les motifs, l'intérêt véritablement protégé par la Charte, celui qu'elles consacrent en contractualisant les valeurs, les normes, obligations et sanctions qu'elle contient, n'est pas réellement celui que connaît traditionnellement le droit « privé » des obligations contractuelles. Loin de veiller à la protection des intérêts individuels – corps, esprit, patrimoine<sup>85</sup> – des parties, les différentes normes et obligations environnementales que contient la Charte ont plutôt pour objectif de protéger le milieu naturel sur lequel repose le Domaine et son environnement. De même, les sanctions prévues en cas de manquement à ces obligations et ces normes n'ont pas tant pour but de compenser un préjudice personnel que de le prévenir.

---

(...suite)

p. 483, à la page 486. Voir aussi : Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 9<sup>e</sup> éd., vol. 1, *Principes généraux*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, n<sup>o</sup> 1-439.1.

82. Benjamin MÉNARD et Nicolas RIAS, « Le préjudice écologique », (2020) 50 *R.G.D.* 397, 399.

83. Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, « Les obligations environnementales », dans M. HAUTEREAU-BOUTONNET (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2014, p. 483, à la page 486.

84. Benjamin MÉNARD et Nicolas RIAS, « Le préjudice écologique », (2020) 50 *R.G.D.* 397, p. 402.

85. Art. 1607 C.c.Q.

Dans ce cas, peut-on admettre que la clause ne visant pas directement à indemniser une personne – le Domaine –, mais plutôt à compenser « la nature » ou, plus simplement, uniquement à décourager le manquement à une obligation ayant pour but de sauvegarder l'environnement constitue tout de même une clause pénale ? La réponse demeure ouverte puisque, dans les faits, l'intérêt protégé par les obligations – le Domaine en est le créancier – et le préjudice reconnu par la Cour supérieure sont, *au moins en partie*, considérés comme personnels au Domaine. Mais au-delà de ces motifs et d'une qualification implicite moins partiellement conforme à la logique classique du droit privé, la validation que fait le tribunal de l'utilisation de la clause pénale, par deux parties au contrat, pour protéger des intérêts qui leur sont « tiers », dissimule la percolation d'une conception nouvelle des fonctions du contrat et du droit de la responsabilité contractuelle : la protection de l'environnement. Le développement est heureux, mais il n'est pas exempt de critiques<sup>86</sup>.

#### 4. En guise de conclusion : l'effet définitif de l'engagement

Les développements en matière de contractualisation de l'environnement ne sont pas les seuls à dévoiler des effets inattendus du droit commun des obligations. Un « principe » de ce droit, récemment identifié comme tel par la Cour suprême du Canada, fait également partie de ces effets. D'application restreinte, ce « principe », qui ne concerne que les contrats à exécution successive, a trait à leur durée.

On connaît traditionnellement, dans ce type de contrat dont la nature s'oppose à ce qu'il soit exécuté instantanément, celui dont la durée est déterminée, c'est-à-dire que les obligations qui en constituent l'objet ont un terme, et celui dont la durée est indéterminée, soit qui n'a pas de terme, mais auquel chaque partie « peut mettre fin, au moyen d'un avis suffisant »<sup>87</sup>. À ces deux types de contrats s'ajoute – avec certitude<sup>88</sup> depuis l'arrêt *Uniprix*<sup>89</sup> – le contrat à

---

86. Voir : Mustapaha MEKKI, « Le contrat et l'environnement », dans M. HAUTEREAU-BOUTONNET (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2014, p. 533.

87. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, n<sup>o</sup> 2140.

88. Cette possibilité n'était pas reconnue unanimement, voir en ce sens : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, n<sup>os</sup> 281 et s.

89. *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43.

durée perpétuelle, c'est-à-dire celui qui crée des obligations liant les parties éternellement. Selon la Cour suprême, cette possibilité d'engagement sans fin est non seulement tout à fait conforme au texte du *Code civil du Québec*, mais elle ne s'oppose pas, à titre de principe du moins, à l'ordre public<sup>90</sup>.

Certes, « dans certaines circonstances, l'imposition d'obligations perpétuelles pourrait choquer l'ordre public », nous disait-on alors. Par « exemple, la protection de la liberté individuelle et des droits fondamentaux est une valeur fondamentale de notre société. C'est pourquoi le législateur a limité la durée des contrats de travail, afin de préserver la liberté des travailleurs ». De même, dans la mesure où la clause ayant pour effet de rendre les obligations perpétuelles se retrouve dans un contrat d'adhésion, la disposition sur les clauses abusives « prévoit une porte de sortie » pour la partie qui adhère au contrat, cette dernière clause pouvant être jugée déraisonnable. Mais pour le reste, « pour les contrats dont les attributs n'ont pas été encadrés par le législateur », ajoutait-on, « il faut tout autant “concilier deux principes, l'autonomie de la volonté et la liberté des personnes” »<sup>91</sup>. Le cas échéant, les obligations ne restreignant pas directement la liberté individuelle des personnes qui en sont débitrices peuvent être perpétualisées par la volonté commune des parties. L'autonomie de la volonté l'emporte : les parties sont libres de s'inféoder. Du moins, en principe.

Critiquable, ce « principe », qui n'avait fait l'objet d'aucune décision importante avant l'arrêt de la Cour suprême, n'a été réitéré qu'à quelques reprises depuis. Dans une décision rendue cette année, par exemple, la Cour d'appel reconnut la validité d'un droit de préemption « perpétuel » permettant à la ville qui en est créancière de racheter un terrain vendu, en 1945, au prix de 200 \$, soit celui payé à ce moment<sup>92</sup>. Soulignant que le « droit québécois, sous réserve de certaines exceptions, permet l'existence de contrats perpétuels », la Cour conclut alors que la limitation perpétuelle à la libre disposition du terrain ne « met pas à mal une valeur fondamentale de la

---

90. *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, par. 72. Ce que concluaient, au contraire, les auteurs Pineau, Burman et Gaudet : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 515, n° 284.

91. *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, par. 91 et 93 (citations omises).

92. *Filles de la Charité du Sacré-Cœur-de-Jésus c. Ville de Sherbrooke*, 2022 QCCA 112.

société »<sup>93</sup> et ne contrevient pas au droit – pourtant fondamental – que reconnaît l'article 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, soit le droit de disposer librement de ses biens<sup>94</sup>. Dans le même sens, la Cour supérieure refusa d'avaliser la résiliation unilatérale d'un contrat d'emploi « à vie » de l'employé à qui profitait la perpétuité du lien contractuel : à la différence de la clause qui imposerait un lien de sujétion perpétuel à l'employé, la clause qui impose un tel lien à l'employeur – une personne morale – est, dans le contexte, considérée comme légale<sup>95</sup>.

Exception faite de ces quelques exemples, l'éternité des obligations devant pouvoir s'inférer du contrat librement formé, suivant un exercice d'interprétation conforme aux dispositions indicatives du Code civil, les obligations « définitives » sont, dans les faits, rares. En général – mais pas « en principe » –, les parties pouvant toujours résilier les obligations du contrat bilatéral, suivant un avis raisonnable, le contrat dont la durée n'est pas déterminée n'est pas éternel pour autant : sa durée est simplement déterminable. La seule exception « générale », ou devrait-on dire aujourd'hui le seul « principe » en la matière, est donc celui des obligations que les parties ont librement voulues « irrésiliables » – du moins unilatéralement –, qui n'ont pas d'effet sur l'exercice de leur liberté individuelle et qui ne sont pas abusives, au sens de l'article 1437 C.c.Q. Si le nombre restreint de scénarios où peut se déployer concrètement ce « principe » de la perpétualité contractuelle n'est pas un critère dans la détermination de son rôle hiérarchique, il demeure tout de même un indice de sa grande relativité : ici, comme ailleurs, lorsque « [l]es exceptions l'emportent » sur le principe, c'est « le signe que la règle est a priori douteuse »<sup>96</sup>.

Heureusement, dira-t-on, cette règle douteuse, dont les échos les plus saillants se retrouvent dans le droit féodal, ne semble pas connaître d'équivalent en matière de résolution des obligations. Au Québec, les parties ne peuvent valablement stipuler l'irrévocabilité de leur engagement et ainsi exclure la résolution comme « sanction » d'une inexécution substantielle des obligations<sup>97</sup>. Il existe toutefois

---

93. *Filles de la Charité du Sacré-Cœur-de-Jésus c. Ville de Sherbrooke*, 2022 QCCA 112, par. 9 et 13.

94. RLRQ, c. C-12, art. 6.

95. *Gloutnay c. Rozon*, 2022 QCCS 2578.

96. Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n<sup>o</sup> 398.

97. Art. 1604 C.c.Q.

un type de contrat irrévocable, en cas d'inexécution des obligations qu'il codifie : la transaction.

Comme tout contrat, la transaction peut en effet être annulée pour défaut de formation, mais au contraire des autres contrats, elle ne peut être résolue. C'est ce que nous rappelait d'ailleurs récemment le juge Serge Gaudet<sup>98</sup>, en soulignant que « la jurisprudence a clairement posé le principe qu'une transaction ne peut pas être résolue en raison de l'inexécution de ses obligations »<sup>99</sup>. Deux raisons expliquent cette « règle qui déroge au droit commun des contrats »<sup>100</sup>, nous dit le juge. D'une part, la transaction étant *déclarative* de droit, non pas *créatrice* de droit, les obligations qu'elle reconnaît ne sont pas corrélatives et ne peuvent dès lors être résolues pour inexécution. D'autre part, l'article 2633 C.c.Q. lui donnant autorité de la chose jugée, reconnaître un « droit » à la résolution pour inexécution permettrait aux parties de faire renaître le litige qu'elle visait à clore définitivement. En privant les parties de ce droit, l'article protège donc un principe fondamental du droit<sup>101</sup>.

Dans un cas comme dans l'autre, c'est donc la nature même du contrat en question qui s'opposerait à sa révocabilité et qui, de ce fait, imposerait une seule sanction à la partie défaillante : celle d'exécuter les obligations qu'elle s'est imposées. En d'autres termes, la transaction aurait ceci d'exceptionnel qu'elle obligerait les parties à exécuter leurs obligations. Drôle d'effet « exceptionnel » pour un concept qui impose aux parties « le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés »<sup>102</sup>, voire de les exécuter entièrement, correctement et en temps<sup>103</sup>. Le droit civil est à l'image du monde qu'il cherche à encadrer : ses mots ont plus d'un sens. L'« obligation » n'y fait pas exception.

---

98. *Scene Holding inc. c. Galeries des Monts inc.*, 2022 QCCS 793.

99. *Scene Holding inc. c. Galeries des Monts inc.*, 2022 QCCS 793, p. 40 (citation omise).

100. *Scene Holding inc. c. Galeries des Monts inc.*, 2022 QCCS 793.

101. *Scene Holding inc. c. Galeries des Monts inc.*, 2022 QCCS 793.

102. Art. 1458 C.c.Q.

103. Art. 1590 C.c.Q.