

I. Introduction aux clauses pénales

- I. Introduction
- II. Pour en savoir plus
- III. Enjeux stratégiques et gestion des risques

phase
2

phase
3

Les clauses pénales sont des outils efficaces pour contrôler le respect des exigences, la qualité et les délais des travaux, des biens et des services attendus dans les contrats municipaux. En ce sens, un organisme municipal devrait envisager l'inclusion de clauses pénales dans son contrat et y recourir lorsque le cocontractant ne respecte pas ses obligations. Toutefois, il faut veiller au respect des aspects légaux lors de leur rédaction et à leur clarté pour qu'un organisme municipal puisse en tirer des avantages. Leur utilisation doit aussi être raisonnable et adaptée à chaque contrat.

Ainsi, cette fiche introductive sur les clauses pénales précise leur définition, leur utilité dans les contrats municipaux, les principes applicables à leur rédaction dans les contrats municipaux et les modes de fixation du montant de leur objet.

1. Définition de la clause pénale

L'article 1622 du *Code civil Québec (CcQ)* définit la clause pénale comme suit :

« La clause pénale est celle par laquelle les parties évaluent par anticipation les dommages-intérêts en stipulant que le débiteur se soumettra à une peine au cas où il n'exécuterait pas son obligation. »

« Elle donne au créancier le droit de se prévaloir de cette clause au lieu de poursuivre, dans les cas qui le permettent, l'exécution en nature de l'obligation ; mais il ne peut en aucun cas demander en même temps l'exécution et la peine, à moins que celle-ci n'ait été stipulée que pour le seul retard dans l'exécution de l'obligation. »

La clause pénale sera généralement constituée d'un pourcentage ou d'un montant fixé à l'avance et payable suivant la survenance d'un manquement contractuel. Dans tous les cas, le montant devra être déterminable pour que la clause soit valide.

2. Utilité de la clause pénale dans les contrats municipaux

La clause pénale s'avère utile dans les contrats municipaux pour plusieurs raisons :

- Elle permet de dissuader un cocontractant d'un organisme municipal de ne pas exécuter ses obligations, que ce soit de retarder la construction d'un ouvrage ou de rendre un service dont la qualité sera inférieure aux normes fixées. En ce sens, la clause pénale a une fonction dissuasive.
- Elle permet d'évaluer à l'avance les dommages-intérêts qui pourront être réclamés par l'organisme municipal à son cocontractant, d'où la fonction compensatoire de la clause pénale. Son avantage est de faire l'économie d'une éventuelle preuve des dommages dans le cadre d'un litige : ceux-ci étant déjà déterminés dans les contrats municipaux, nul besoin de recourir à des experts ou à des témoins additionnels et de prévoir des journées d'audition supplémentaires afin de faire une preuve des dommages réellement subis par l'organisme municipal.

Compte tenu de la nature de leurs activités, les organismes municipaux ont intérêt à insérer des clauses pénales dans les contrats les liant avec les cocontractants, puisque plusieurs de leurs contrats poursuivent directement ou indirectement la prestation d'un service public, telle que la construction d'une piscine municipale. En cas de litige devant les tribunaux et en l'absence d'une clause pénale insérée dans son contrat, il peut s'avérer difficile pour l'organisme municipal de chiffrer des dommages-intérêts liés au fait que des enfants n'auront pas accès à des cours de natation parce que la piscine n'est toujours pas construite, d'où l'intérêt, malgré la difficulté à la calculer, d'insérer une clause estimant et déterminant à l'avance une pénalité en ce sens.

- Elle permet de respecter certaines règles d'adjudication des contrats municipaux, telles que l'équité de traitement entre les soumissionnaires. Elle ne pourrait être discriminante envers certains fournisseurs ou encore en favoriser un autre. Ainsi, un organisme municipal ne peut pas écarter un soumissionnaire au motif que celui-ci serait possiblement incapable d'exécuter ses futures obligations contractuelles, compte tenu par exemple de son agenda déjà trop

chargé. Toutefois, si celui-ci ne remplit pas ses obligations contractuelles, l'organisme peut appliquer la clause pénale prévue dans le contrat.

3. Principes applicables à la rédaction de la clause pénale dans les contrats municipaux

Malgré les avantages que comportent les clauses pénales pour les organismes municipaux, les tribunaux ont le pouvoir de les réviser en cas de litige. Ce pouvoir de révision peut complexifier la rédaction de ces clauses pénales. En ce sens, certaines techniques permettent de diminuer les chances de contestation sur la base du caractère abusif de la clause pénale.

Éviter la double indemnisation

La clause pénale empêche un organisme municipal d'obtenir des dommages-intérêts supplémentaires pour le même préjudice. Le seul choix dont dispose un organisme municipal est d'exiger la réalisation de l'obligation comme prévu dans le contrat plutôt que l'application de la clause pénale. Par exemple, pour des équipements défectueux livrés par un fournisseur à un organisme municipal dans le cadre d'un contrat, il ne peut pas exiger des équipements non défectueux et appliquer la clause pénale en même temps. Il doit choisir soit l'application de la clause pénale ou la livraison d'autres équipements. Cependant, lorsque la clause pénale n'a été stipulée que pour un simple retard dans l'exécution d'un contrat, l'organisme municipal aura droit à l'exécution du contrat ainsi qu'à l'application de la clause pénale.

Mesurer adéquatement le caractère dissuasif

Afin de bénéficier du caractère dissuasif de la clause pénale, l'organisme municipal peut prévoir une pénalité légèrement supérieure aux dommages qu'il anticipe. Il est même préférable que ce soit le cas, si l'on veut que la clause pénale ait l'effet escompté, c'est-à-dire de dissuader l'entrepreneur de manquer à ses obligations. Néanmoins, la clause pénale ne doit être ni abusive, ni trop permissive. Dans ce cas, le défi est de trouver le juste milieu. Une clause pénale abusive peut être réduite ou écartée par les tribunaux¹. À l'opposé, ne pas respecter une clause pénale trop permissive peut être plus avantageux économiquement pour un entrepreneur que de manquer à ses obligations contractuelles.

Nécessité d'une mise en demeure

Généralement, l'envoi d'une mise en demeure est requis pour l'application d'une clause pénale par un organisme municipal. Cette mise en demeure peut prendre la forme d'un courrier recommandé pour aviser l'entrepreneur de l'application de la clause pénale à la suite de ses manquements contractuels. Toutefois, pour éviter la mise en demeure, l'organisme municipal peut prévoir une clause expresse à son contrat qui stipule que le cocontractant sera automatiquement en demeure s'il n'exécute pas ses obligations. Dans une telle situation, la pénalité pourrait alors être soustraite directement des paiements. Encore une fois, dans le cas d'une clause pénale prévue spécifiquement pour le retard de l'exécution des travaux, la jurisprudence indique que l'entrepreneur serait tenu de payer la pénalité du seul fait de l'écoulement du temps, sans nécessité d'une mise en demeure. Néanmoins, en cas de doute, il est plus prudent de faire parvenir une mise en demeure au cocontractant.

4. Modes de fixation du montant de l'objet d'une clause pénale

Aucune indication quant à la détermination de la valeur d'une clause pénale n'est prévue par la loi, si ce n'est que l'objet doit être pécuniaire et déterminable (art. 1373 CcQ et 1622 CcQ). Les différents types d'objets de clauses pénales contractuelles sont donc exclusivement des sanctions ou des compensations financières. Les montants des pénalités sont usuellement fixés selon l'une des manières suivantes :

Montant fixe

Les clauses pénales d'indemnisation forfaitaire² peuvent être une somme fixe ou un pourcentage applicable par manquement ou par jour ou autre temporalité de retard.

Méthode spécifique de calcul ou méthode mixte

Dans ce cas, les clauses pénales détaillent la liste des frais et les coûts afférents qui seront potentiellement retenus. À titre d'exemple, voici un extrait d'un contrat d'un organisme municipal cité dans un jugement : « (...) lorsque l'entrepreneur, par sa faute, n'achève pas les travaux dans le délai stipulé, il doit payer au maître de l'ouvrage : un montant égal à tous les traitements, les salaires et les frais de déplacement payés par le maître de l'ouvrage aux

¹ Pour plus d'information, voir la fiche 2.

² Pour des exemples, voir la fiche 2.

personnes chargées de surveiller les travaux pendant la période de retard³. »

Dans l'exemple présenté, la clause a un caractère raisonnable puisqu'elle couvre les frais réellement assumés par l'organisme municipal. Néanmoins, elle est dépourvue d'effet dissuasif, car elle n'est pas plus élevée que le montant qu'aurait normalement payé le cocontractant. Il pourrait donc être avantageux d'y ajouter des montants fixes pour compenser le retard.

La clause pénale et le cahier des charges générales

Il est de bonne pratique pour un organisme municipal de prévoir des clauses pénales spécifiques dans des contrats distincts plutôt que dans son cahier des charges générales. Si toutefois des clauses pénales sont insérées dans le cahier des charges générales, il est important qu'elles soient rédigées de manière à s'adapter à l'ensemble des contrats auxquels ce cahier pourrait s'appliquer.

Également, un organisme municipal devrait faire attention à l'application d'un montant forfaitaire (montant fixe applicable par jour de retard ou par manquement contractuel) qui s'appliquerait pour plusieurs contrats distincts octroyés à l'aide d'un cahier des charges générales. De préférence, l'organisme municipal pourrait fixer la clause pénale sous forme d'un pourcentage de la valeur du contrat (pourcentage de la valeur du contrat par jour de retard ou par manquement). Cela aurait pour avantage de moduler la sévérité de la clause pénale en fonction de la valeur du contrat, et d'éviter que la clause pénale soit tantôt trop permissive, tantôt abusive.

Références

Code civil du Québec, RLRQ c CcQ-1991.

Thériault-Marois, Alexandre et Dussault-Picard, Marie-Pier. « Les clauses pénales dans les contrats municipaux octroyés par appels d'offres : protéger la municipalité contre les retards et les malfaçons », *Développements récents en droit municipal*, vol. 442, 2018.

Paquin, Julie. « Droit des obligations. Le contrôle des clauses pénales abusives en droit québécois : la clause pénale peut-elle être punitive », *Revue juridique Themis*, vol. 47, n° 2, 2013, p. 387.

Pour en savoir plus

- [Fiche II. Pour en savoir plus sur les clauses pénales](#)
- [Fiche III. Enjeux stratégiques et gestion des risques liés aux clauses pénales](#)

³ [Excavations H. St-Pierre inc. c. Saint-Romain \(Municipalité de\), 2014 QCCS 6166 \(CanLII\)](#).