

Le rôle des dommages punitifs en droit québécois

Pierre PRATTE

Résumé

Ce texte est le deuxième d'une série de trois. Le premier a traité de la place des dommages punitifs dans le droit civil québécois («Les dommages punitifs: institution autonome et distincte de la responsabilité civile», (1998) 58 *R. du B.* 287). Le troisième portera sur la distribution de la sanction exemplaire (Qui peut-on condamner? Avec quelle intensité?). Dans le présent document, il est question du rôle des dommages punitifs en droit civil québécois.

En l'absence d'une politique législative expresse sur le sujet, les tribunaux ont, par le passé, reconnu que les dommages punitifs ou exemplaires exerçaient un double objectif de punition et de dissuasion. Le nouvel article 1621 du Code civil du Québec retient l'expression «dommages-intérêts punitifs» en ajoutant que ceux-ci assurent une fonction préventive. Est-ce là une codification de la jurisprudence antérieure? Certains le pensent, tandis que d'autres y voient plutôt le signal d'un changement de cap. L'auteur se range derrière ces derniers.

Le texte débute par une analyse de la punition et de la dissuasion à travers deux courants philosophiques majeurs: le rétributivisme et l'utilitarisme. Cette analyse permet de constater que la punition et la dissuasion obéissent à des principes différents. Considérant que le nouvel article 1621 C.c.Q. vise à uniformiser la pratique des dommages punitifs et que cette uniformité ne saurait se faire qu'en privilégiant un seul de ces courants philosophiques, l'auteur se demande à quelle enseigne logent les dommages punitifs. Se basant sur le texte de ce nouvel article, il conclut que, dorénavant, la sanction pénale exerce une seule fonction: la prévention. Plus exactement, les dommages punitifs visent à prévenir toute nouvelle inexécution de certaines obligations ou toute

nouvelle atteinte intentionnelle à un droit fondamental. De cette conclusion, l'auteur tire principalement trois conséquences.

Premièrement, c'est à l'utilitarisme, et non au rétributivisme, qu'il convient d'associer les dommages punitifs. Pour appuyer cette idée, l'auteur amène divers arguments. Tout d'abord, il analyse certaines données fournies par l'article 1621 C.c.Q. Ensuite, il s'intéresse à certaines particularités du droit civil québécois.

Deuxièmement, une conduite gravement répréhensible ne constitue pas un prérequis nécessaire et suffisant à l'imposition de dommages punitifs. Ceux-ci sont plutôt justifiés en raison de leur utilité future. C'est pourquoi un comportement fautif qui ne se qualifierait pas de «gravement répréhensible» peut tout de même donner lieu à une condamnation exemplaire, si cette condamnation permet de prévenir une nouvelle inexécution de l'obligation. En outre, bien qu'une faute d'une certaine gravité soit nécessaire, cela ne suffit pas à donner ouverture à une réclamation en dommages punitifs. Deux autres conditions sont également nécessaires: l'inexécution d'une obligation et la prévisibilité de cette inexécution.

Troisièmement, les dommages punitifs ayant pour objectif de prévenir l'inexécution de certaines obligations, la dissuasion n'apparaît plus comme un objectif. Il s'agit plutôt d'un moyen pour parvenir au but recherché, à savoir la prévention. En effet, en dissuadant quelqu'un de poser à nouveau un geste malheureux, par le fait même on empêche un nouveau défaut d'exécution. Par ailleurs, il est possible d'entrevoir d'autres moyens pour prévenir un nouveau défaut d'exécution. C'est en étudiant les différentes facettes de la prévention que l'auteur aborde ces autres moyens.

Le rôle des dommages punitifs en droit québécois*

Pierre PRATTE**

| | |
|---|-----|
| INTRODUCTION | 451 |
| 1. LES DIVERGENCES ENTRE LE MORALISME JURIDIQUE ET L'INSTRUMENTALISME JURIDIQUE | 452 |
| 1.1 Quelques précisions | 453 |
| 1.2 Rétributivisme et punition. | 455 |
| 1.3 Utilitarisme et pénalité | 457 |
| 1.4 La punition et la pénalité appellent une démarche différente | 460 |
| 2. L'APPROCHE QUÉBÉCOISE EN MATIÈRE DE DOMMAGES PUNITIFS | 464 |
| 2.1 La conception antérieure des tribunaux | 465 |
| 2.2 Un réexamen de la question est nécessaire | 468 |
| 2.3 La nouvelle approche québécoise | 470 |
| 3. LES DOMMAGES PUNITIFS: INSTRUMENT UTILITAIRE. | 472 |
| 3.1 Analyse de certaines données fournies par l'article 1621 C.c.Q. | 473 |

* Le présent texte est le deuxième d'une série de trois. Dans le premier, nous avons traité de la place des dommages punitifs dans le droit civil québécois («Les dommages punitifs: institution autonome et distincte de la responsabilité civile», (1998) 58 *R. du B.* 287). Le troisième portera sur la distribution de la mesure exemplaire (Qui peut-on sanctionner? Avec quelle intensité?).

** Avocat.

| | | |
|-------|---|-----|
| 3.1.1 | Le rôle préventif au moment de la décision d'imposer une condamnation exemplaire . | 473 |
| 3.1.2 | Les dommages punitifs n'ont de «punitif» que le nom | 475 |
| 3.1.3 | La gravité de la faute. | 479 |
| 3.2 | D'autres arguments pour écarter le rétributivisme | 489 |
| 3.2.1 | Les dommages punitifs ne sont pas destinés à sanctionner la mauvaise foi en elle-même | 489 |
| 3.2.2 | Les dommages punitifs ne sont pas destinés à punir l'immoralité | 491 |
| 3.2.3 | Le droit civil provincial ne peut être principalement punitif | 496 |
| 3.2.4 | Commentaires sur certains éléments contenus dans le rapport de la C.R.D.O.. | 498 |
| 3.3 | La Charte ne fait pas exception | 501 |
| 3.3.1 | Le principe formulé à l'article 1621 C.c.Q. s'applique à la Charte | 501 |
| 3.3.2 | L'intentionnalité, exigée à l'article 49 de la Charte, n'a pas le caractère d'une raison d'être mais d'une limitation | 502 |
| 3.3.3 | Certaines violations à un droit fondamental, furent-elles intentionnelles, ne sont pas immorales en soi | 505 |
| 3.3.4 | Un acte spontané ne constitue pas une atteinte intentionnelle | 506 |
| 3.3.5 | La Charte canadienne et les autres Chartes provinciales | 506 |
| 4 | LES DIFFÉRENTES FACETTES DE LA PRÉVENTION. | 507 |
| 4.1 | Les dommages punitifs ont pour fonction de prévenir une nouvelle inexécution de l'obligation | 508 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 4.2 | Quelques moyens susceptibles de prévenir l'inexécution de l'obligation | 511 |
| 4.2.1 | Dissuader le contrevenant de poser à nouveau certains gestes | 512 |
| 4.2.2 | Donner un exemple à ceux qui seraient tentés d'imiter le contrevenant | 514 |
| 4.2.3 | Persuader le contrevenant d'en faire plus à l'avenir | 518 |
| 4.2.4 | Avertir les victimes potentielles d'être prudentes | 520 |
| 4.2.5 | Maintenir les bons débiteurs dans le droit chemin | 521 |
| 4.3 | La réprobation | 523 |
| 4.3.1 | Le redressement exemplaire n'est pas précédé d'un constat public et officiel de culpabilité. | 524 |
| 4.3.2 | Le redressement exemplaire n'est pas réclamé par l'État mais par un individu. | 528 |
| 4.3.3 | La réprobation peut donner lieu à une condamnation qui excède la fonction préventive. | 531 |
| 4.3.4 | La réprobation entraîne une atteinte à l'honneur et à la réputation du contrevenant | 532 |
| 4.3.5 | Les sanctions monétaires ne peuvent aisément parvenir à dénoncer un comportement moralement répréhensible. | 534 |
| 4.3.6 | L'absence de maximums | 535 |
| 4.3.7 | L'éducation par la réprobation. | 536 |
| 4.4 | Les facteurs susceptibles d'accroître l'efficacité du moyen de pression | 540 |
| 4.4.1 | La menace doit être connue de ceux à qui elle s'adresse | 541 |
| 4.4.2 | La sanction doit être certaine | 542 |
| 4.4.3 | La peine doit être suffisamment sévère | 545 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 4.4.4 | La sanction doit être accordée avec célérité | 547 |
| 5. | LES CONDITIONS D'OUVERTURE À UNE RÉCLAMATION EN DOMMAGES PUNITIFS | 547 |
| 5.1 | Le préjudice n'est pas une condition d'ouverture . . . | 548 |
| 5.2 | L'inexécution d'une obligation prédéterminée par le législateur | 551 |
| 5.3 | La prévisibilité de l'inexécution de l'obligation . . . | 552 |
| 5.3.1 | Quelques précisions | 552 |
| 5.3.2 | Le critère de prévisibilité. | 554 |
| 5.3.3 | Le degré de prévisibilité requis | 558 |
| 5.3.4 | La prévisibilité doit-elle être appréciée <i>in</i> <i>abstracto</i> ou <i>in concreto</i> ? | 559 |
| 5.4 | Le comportement fautif | 561 |
| 5.5 | Quand est-il opportun d'imposer des dommages punitifs? | 568 |
| | CONCLUSION. | 575 |

INTRODUCTION

Lorsque la loi permet l'attribution de dommages punitifs¹, le tribunal a, dans la plupart des cas, la faculté et non l'obligation de les octroyer². Le juge dispose donc, en cette matière, d'un pouvoir discrétionnaire. À cet égard, il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire et choix arbitraire. Pour éviter ce dernier, l'imposition de dommages punitifs doit servir un objectif précis et être rationnellement en mesure d'atteindre cet objectif³. La jurisprudence, tant celle des provinces de common law que celle du Québec, a identifié deux buts en relation avec cette sanction spéciale⁴:

- *la punition*: cela «permet au tribunal d'exprimer concrètement son indignation face à la conduite du défendeur.[...] La gravité et la malice de la faute ainsi mises en relief et rabrouées se transforment en punition directe»⁵.
- *la dissuasion*: il s'agit de «décourager le contrevenant de bafouer de nouveau les droits de la victime [et] donner une leçon aux autres citoyens désirant agir selon des plans similaires»⁶.

Parfois un seul de ces rôles est mis de l'avant. En général, toutefois, ils sont mentionnés conjointement⁷. Pourtant, on a déjà affirmé que:

1. Nous utiliserons «dommages-intérêts» pour désigner les dommages-intérêts compensatoires et «dommages punitifs» pour les dommages-intérêts punitifs. Néanmoins, pour une critique au sujet de l'appellation «dommages punitifs», voir: *infra*, 3.1.2.
2. Pour un exemple où le tribunal a un pouvoir discrétionnaire au niveau de la fixation du montant mais pas dans l'octroi lui-même, voir: *Loi sur la protection des arbres*, L.R.Q., c. P-37, art. 1 (ci-après: L.P.A.).
3. *Hill c. Église de Scientologie*, [1995] 2 R.C.S. 1130 (ci-après: *Hill*), p. 1209 (j. Cory).
4. Un troisième but est parfois identifié: *l'incitation* pour la victime à agir en justice (Claude DALLAIRE, *Les dommages exemplaires sous le régime des chartes*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 20). Nous en parlerons plus loin (*infra*, 4.4.2).
5. C. DALLAIRE, *op. cit.*, note 4, p. 19.
6. *Id.*, p. 18.
7. Au Québec, voir: *Curateur c. SNE de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 (ci-après: *Curateur*), p. 261 (j. L'Heureux-Dubé); *Béliveau St-Jacques c. FEESP*, [1996] 2 R.C.S. 345 (ci-après *Béliveau St-Jacques*), p. 408 (j. Gonthier). En common law, voir: *Hill*, précité, note 3, p. 1208 (j. Cory); *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226 (ci-après: *Norberg*), p. 264 (j. LaForest) et p. 299 (j. McLachlin).

neither the justification for, nor the measure of, an award made for punitive purposes is necessarily the same as for an award made for deterrence purposes.⁸

Ainsi, il semble que la punition et la dissuasion empruntent des chemins différents. Nous verrons, dans un premier temps, qu'effectivement ces deux fonctions obéissent à des principes différents. Cela se fera à travers une comparaison entre le moralisme juridique dans lequel s'inscrit la punition et l'instrumentalisme juridique auquel est associée la dissuasion. Dans un deuxième temps, nous verrons à laquelle de ces deux enseignes se rattachent les dommages punitifs. À cet égard, nous distinguerons selon que les faits, donnant ouverture à une réclamation exemplaire, sont antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur du nouveau Code civil. Cette distinction nous amènera à constater que, dorénavant, la sanction pénale doit servir à des fins préventives et non punitives. Nous examinerons, dans un troisième temps, divers arguments nous permettant d'appuyer cette idée de faire jouer à la peine privée un rôle essentiellement préventif. Dans un quatrième temps, nous verrons les différentes facettes de la fonction préventive. Enfin, nous terminerons notre exposé en proposant les conditions d'ouverture à une réclamation en dommages punitifs.

1. LES DIVERGENCES ENTRE LE MORALISME JURIDIQUE ET L'INSTRUMENTALISME JURIDIQUE

Les ouvrages portant sur le droit pénal⁹ nous apprennent que les sanctions pénales sont dominées par les deux philosophies suivantes: le *rétributivisme* et l'*utilitarisme*. Chacun de ces courants idéologiques entend justifier l'existence de ces mesures coercitives et en donner la raison d'être. À la question «Pourquoi imposer une peine?», le rétributiviste répondra «parce que le débiteur le mérite», tandis que l'utilitariste dira «parce que c'est utile».

8. Commission de réforme du droit de l'Ontario (ci-après: C.R.D.O.), *Report on Exemplary Damages*, Ontario, 1991, p. 35.

9. Compte tenu que les tribunaux font jouer aux dommages punitifs un rôle voisin de celui reconnu aux amendes et pénalités prévues dans les lois pénales, nous nous permettons de puiser dans les ouvrages de droit pénal. Précisons, cependant, que cette ressemblance ne doit pas aller jusqu'à assimiler les dommages punitifs à une amende pénale déguisée (voir: Pierre PRATTE, «Les dommages punitifs: institution autonome et distincte de la responsabilité civile», (1998) 58 *R. du B.* 287, p. 296 à 301).

On le voit déjà, des divergences se dessinent à l'horizon. Par ailleurs, ces deux écoles de pensée ont donné lieu à de nombreuses expressions des buts de la peine: punition, vengeance, expiation, châtement, désapprobation, exemplarité, dissuasion spéciale, dissuasion générale, prévention, éducation, etc. Malgré cette apparente diversité, on constate, en fin de compte, qu'une sanction pénale exerce soit une «fonction morale», soit une «fonction utilitaire». C'est pourquoi, on peut ramener la réalisation de ces différents buts à deux pratiques distinctes¹⁰: la *punition* et la *pénalité*. La première est au cœur du rétributivisme; la deuxième est au centre de l'utilitarisme. Nous verrons donc, d'une part, le rétributivisme et la punition (1.2) et, d'autre part, l'utilitarisme et la pénalité (1.3). Cela nous amènera à reconnaître que l'un et l'autre opèrent différemment (1.4). Mais, au préalable, quelques précisions sont nécessaires (1.1).

1.1 Quelques précisions

On peut établir une classification, des différents recours ouverts au créancier, qui tient compte de l'identité de la personne vers qui le recours porte son attention. Une mesure à caractère curatif se préoccupe d'abord de la victime, en cherchant à remédier au mal dont elle a été l'objet, et ce, même si la mesure cause éventuellement un désagrément au contrevenant. Par contraste, une sanction à caractère pénal (ou plus simplement «sanction pénale»¹¹) est avant tout destinée à infliger un désagrément au contrevenant et ce, même si la victime en profite éventuellement. Dans le langage populaire, le mot «punition» désigne toute sanction pénale, peu importe le courant philosophique qui l'anime (rétributivisme ou utilitarisme) et peu importe la fonction (réprobation, dissuasion, etc.) que doit remplir cette sanction. En effet, un tel mot est couramment utilisé pour indiquer que la mesure imposée a un caractère pénal, c'est-à-dire qu'elle se veut avant

10. Pierre LANDREVILLE, «Les fondements et les enjeux de la détermination de la peine en droit pénal provincial», dans *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 211, p. 213; Paul C. WEILER, «La réforme de la peine», dans *Commission de réforme du droit du Canada – Études sur le sentencing*, Ottawa, Information Canada, 1974, 103, p. 116; Joel FEINBERG, *Doing & Deserving – Essays in the theory of responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970, p. 95 et s.

11. Mentionnons que, pour nos fins, l'expression «sanction pénale» s'applique tout autant à une «sanction d'ordre civil» qu'à une «sanction d'ordre pénal». Cette dernière désigne une mesure résultant du droit pénal, alors qu'une sanction d'ordre civil est une mesure imposée en vertu du droit civil.

tout un désagrément pour le contrevenant plutôt qu'un remède pour la victime. Ainsi, généralement parlant, le terme «punition» englobe aussi bien la *punition* que la *pénalité*, lesquelles pour les fins des présentes sont définies comme suit:

- La *punition* est une sanction pénale associée au rétributivisme et qui exerce une «fonction morale» (rétribution, blâme, expiation, réprobation, etc.).
- La *pénalité* s'entend d'une sanction pénale reliée à l'utilitarisme et qui a une «fonction utilitaire» (intimidation, dissuasion, etc.).

Ainsi, bien que la *punition* et la *pénalité* peuvent être considérées comme une «punition» au sens large¹², nous utiliserons le mot «punition» dans un sens plus étroit, en le confinant à la *punition* telle que définie ci-devant¹³. Quant aux dommages punitifs, selon le courant philosophique auquel on veut les associer et suivant le rôle qu'on veut bien leur attribuer, ils correspondent soit à une *punition* soit à une *pénalité*. Dans tous les cas, cependant, ils peuvent être qualifiés de «peine»¹⁴ ou de «sanction pénale»¹⁵, puisque chacune de ces deux dernières expressions recouvre, par sa généralité, tant la *punition* que la *pénalité*.

Par ailleurs, le fondement philosophique (rétributivisme ou utilitarisme) sous-jacent à l'imposition d'une peine et la fonction (réprobation, dissuasion, etc.) que la peine devrait jouer vont nécessairement de pair. En effet, le rôle qu'est appelée à jouer la sanction pénale se situe forcément dans le prolongement de la philosophie qui la sous-tend. Il est donc possible, à partir d'une logique toute simple, de déterminer lequel des deux courants idéologiques anime les dommages punitifs. C'est pourquoi, bien qu'il puisse y avoir un certain intérêt à considérer de manière distincte le fondement philosophique et la fonction de la mesure exemplaire, il n'est pas de notre intention de les étudier séparément.

12. En effet, au sens large, le mot «punition» comprend toute mesure spécifiquement dirigée vers le contrevenant.

13. Il en est de même avec l'adjectif «punitif» et le verbe «punir», lesquels seront également utilisés dans un sens étroit.

14. Plus précisément, ils constituent une «peine privée». Voir: P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 299 à 301.

15. À l'occasion, nous remplacerons cette expression par «sanction exemplaire», «mesure pénale», «mesure exemplaire» et autres termes semblables, afin d'agrémenter la lecture du présent texte.

1.2 Rétributivisme et punition

Pour le *rétributiviste*, la personne qui a eu une conduite moralement blâmable mérite¹⁶ d'être punie. Dit autrement, la punition est la réponse méritée à l'action du contrevenant¹⁷. On postule que l'individu a la liberté de choisir entre le bien et le mal. S'il décide de faire le mal, il mérite être puni, parce qu'une telle liberté implique la responsabilité morale de ses actes. Pour les plus radicaux, la société a le devoir de sanctionner systématiquement le mal¹⁸. Les modérés, quant en eux, ne voient pas une obligation impérative de punir, demeurant ouverts au pardon. En droit civil, le comportement qui justifierait une punition est celui que l'on pourrait décrire comme étant essentiellement dur, vengeur, répréhensible et malicieux¹⁹. Bien que cette énumération ne contienne pas tous les qualificatifs aptes à décrire une conduite susceptible de justifier l'attribution d'une telle sanction, il faut, de toute façon, que la faute soit de nature extrême et *mérite*, selon toute norme raisonnable, d'être punie²⁰. En effet, c'est seulement dans ces cas que l'on peut clairement dire de la personne condamnée qu'elle n'a que ce qu'elle mérite.

La punition est utilisée à différentes fins. On en fait usage soit pour satisfaire un sentiment de frustration (vengeance), soit pour effacer le mal commis (expiation), soit pour sanctionner la culpabilité morale du contrevenant (châtiment), soit pour désapprouver la conduite du contrevenant (réprobation)²¹, etc. La sanction punitive est, en fait, un moyen communément reconnu par lequel la société, par l'entremise de ses tribunaux, parvient à l'une ou l'autre de ces fins. La mesure coercitive correspond, symboli-

16. Retenons immédiatement que la notion de «mérite» est primordiale ici. Premièrement, elle est omniprésente dans le rétributivisme. Deuxièmement, elle est un élément clé de distinction avec l'utilitarisme où une telle notion, en principe, n'est pas pertinente.

17. Pierrette PONCELA, «Par la peine, dissuader ou rétribuer», dans *Archives de philosophie du droit*, T. 26, Paris, Éditions Sirey, 1981, 59, p. 65.

18. Notons que les utilitaristes demandent à ces rétributivistes «Pourquoi punir au lieu de pardonner?», en ajoutant que la justice n'exige aucunement que l'on exerce automatiquement une punition contre celui qui a eu un comportement moralement répréhensible.

19. *Vorvis c. I.C.B.C.*, [1989] 1 R.C.S. 1085 (ci-après: *Vorvis*), p. 1107 et 1108 (j. McIntyre).

20. *Id.*, p. 1099 et p. 1108 (j. McIntyre) et p. 1130 (j. Wilson).

21. La Cour suprême a nuancé le «châtiment» et la «réprobation» comme suit: le premier sanctionne la culpabilité morale du *contrevenant*, la seconde la *conduite* de ce même contrevenant (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, p. 558).

quement précisons-le²², soit à l'ampleur de la frustration, soit à l'étendue du mal commis, soit au degré de culpabilité morale, soit au niveau de désapprobation de l'inconduite, etc. C'est pourquoi, «[u]ne stricte proportionnalité doit ainsi être établie entre la sévérité de la peine et la gravité de l'infraction»²³. La peine est donc en quelque sorte la transposition matérielle de l'aspect intangible du blâme ou de la réprobation²⁴. Soulignons que pour satisfaire au principe de proportionnalité, l'on doit favoriser l'«harmonisation des peines», c'est-à-dire infliger des peines semblables pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables²⁵. Notons, également, qu'en raison de la dimension symbolique rattachée à la punition, celle-ci est considérée comme une fin en soi.

Puisque la punition a pour fondement un comportement antérieur qui mérite d'être sanctionné, elle est tournée vers le passé²⁶; c'est vers là que le juge se doit de regarder. «La conduite du débiteur est analysée rétrospectivement à la période où le geste prohibé a été posé, pour y établir le degré d'intention. Ensuite, le moment et les circonstances de la violation sont scrutés à la loupe»²⁷. C'est donc essentiellement à partir des événements antérieurs qu'il est décidé de punir ou non le coupable. Par conséquent, une punition peut être infligée même si la société ou un de ses membres n'en retire éventuellement aucune utilité, car selon les rétributivistes le mal commis suffit à justifier l'imposition d'un autre mal. Cette attitude implique que la faute morale apparaît comme le fondement *nécessaire* mais également *suffisant* à l'imposition d'une peine, indépendamment des bénéfices futurs qui pourraient en résulter²⁸. En effet, comme le rétributivisme s'intéresse au comportement passé plutôt qu'aux conséquences ultérieures de la sanction, il importe peu que la peine produise ou non un effet bénéfique dans l'avenir. C'est pourquoi, le tribunal ne

22. Notons que cette dimension symbolique n'est possible que parce qu'elle est admise par une grande partie de la population.

23. P. PONCELA, *loc. cit.*, note 17, p. 65.

24. Maurice CUSSON, *La Criminologie*, Paris, Hachette, 1998, p. 135.

25. *Markovic c. La Reine*, [1998] R.J.Q. 399 (C.A.), p. 404.

26. Bruce FELDTTHUSEN, «Recent Developments in the Canadian Law of Punitive Damages», (1990) 16 *Can. Bus. L.J.* 241, p. 250: «Punishment in its pure form looks backward at wrongful conduct. The purpose of extra damages for that purpose is to punish the defendant for that specific wrong only.»

27. C. DALLAIRE, *op. cit.*, note 4, p. 78.

28. Michel van de KERCHOVE, *Le droit sans peines – Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis*, Bruxelles, Faculté Universitaire Saint-Louis, 1987, p. 460 et 461.

se préoccupera pas de savoir si, dans les circonstances, il est utile d'imposer une telle mesure.

Compte tenu de la coloration morale rattachée à la pratique de la punition, seuls les comportements répréhensibles en soi (*mala in se*) se prêtent à une telle pratique. En effet, on voit mal comment on pourrait moralement blâmer celui qui, par exemple, stationne son auto en infraction avec un panneau de signalisation. Dans un tel cas, le comportement est répréhensible seulement parce qu'il est contraire à loi (*malum quia prohibitum*). La norme, dans le cas d'une règle fondamentale, reçoit d'emblée l'appui d'une partie importante de la population. C'est pourquoi, même si l'on retirait la menace d'une sanction légale, il subsisterait chez une majorité de personnes un pouvoir de contrainte relevant du for intérieur (découlant, entre autres, de l'éducation reçue) qui permettrait quand même le respect de la norme, du moins pendant un certain temps²⁹.

1.3 Utilitarisme et pénalité

De son côté, l'*utilitariste* considère que la raison d'être de la peine repose sur l'utilité que peut retirer la société ou un de ses membres du fait de l'imposition d'une sanction. Ainsi une peine est justifiée, voire nécessaire, lorsque c'est profitable à quelqu'un en particulier ou à la société en général³⁰. Une peine est utile, si elle est efficace. Ce sera le cas, si, par exemple, elle dissuade soit les contrevenants potentiels de réaliser leur potentialité, soit les contrevenants accomplis de s'accomplir davantage³¹. Dans la logique utilitaire, il peut s'avérer utile de sanctionner quelqu'un plus sévèrement qu'il ne le mérite ou de condamner quelqu'un qui ne le mérite pas du tout³², si cela peut dissuader quelqu'un de faillir à sa tâche. En somme, c'est l'utilité de la peine, en termes de prévention, qui est le fondement *nécessaire* et *suffisant*, indépendamment de toute responsabilité morale³³.

29. Johannes ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, U.M.P., 1974, p. 45.

30. Notons que les rétributivistes considèrent qu'il est immoral d'utiliser une personne comme s'il s'agissait d'une ressource pour autrui, en mentionnant qu'une peine doit être infligée pour la seule raison qu'un acte blâmable a été commis et non parce que cela peut être utile à quelqu'un.

31. P. PONCELA, *loc. cit.*, note 17, p. 60.

32. Même si une pénalité peut être imposée à une personne qui ne le *mérite* pas, on exige néanmoins qu'une faute ait été commise. C'est que l'infliction d'une sanction à caractère pénal ne saurait se concevoir en l'absence de tout comportement fautif (voir le texte introductif qui précède le numéro 5.1, *infra*).

33. M. van de KERCHOVE, *op. cit.*, note 28, p. 463.

L'utilitariste postule que les individus sont des êtres rationnels qui réfléchissent et calculent avant d'agir. On fait donc l'hypothèse que les citoyens vont associer les idées d'infraction et de peine³⁴. L'objectif est d'obtenir un maximum de conformité à des normes de conduite, par la menace d'une privation de biens, au delà de toute satisfaction que procurerait le défaut d'exécution, rendant ainsi trop grand le risque couru aux yeux de la personne raisonnable. Ainsi, l'on croit que la perspective d'avoir à remettre une somme supérieure à tout avantage obtenu en raison de l'inexécution incitera le débiteur à respecter scrupuleusement ses obligations.

Contrairement à la punition, la pénalité n'est pas une fin en soi. Elle est plutôt un outil permettant d'atteindre une autre fin jugée utile, en l'occurrence la diminution des manquements aux règles de conduite. Empruntant une dimension instrumentale, la pénalité n'a pas de valeur symbolique en elle-même³⁵. Ici, tout se joue dans le réel: on veut des effets concrets, palpables, mesurables³⁶. C'est pourquoi, dans l'utilitarisme on a toujours prôné le principe de l'«individualisation des peines» ou, comme on dit aujourd'hui, la «personnalisation des peines», celles-ci devant être aménagées en fonction de la personnalité de chacun.

Puisque l'utilitariste justifie la peine à partir de sa seule valeur instrumentale, ce n'est pas le caractère malicieux du geste posé qui est mis en évidence mais plutôt l'efficacité de la condamnation à empêcher, dans l'avenir, une nouvelle infraction. Animée d'un esprit neutre et sans souci moralisateur, la pénalité ne cherche pas à blâmer celui qui a transgressé la règle: les notions de mérite et démérite ne sont pas pertinentes; nul besoin que la personne sanctionnée soit moralement responsable. C'est pourquoi l'inconduite n'a pas à être dure, vengeresse ou malicieuse comme c'est le cas en matière de punition. Il suffit que le comportement répréhensible soit de ceux qu'il faut décourager. Ainsi, une violation légère mais répétée à grande échelle est susceptible d'entraîner l'octroi d'une pénalité. En effet, en condamnant une telle violation on évite que le comportement ne se perpétue ou,

34. Christian DEBUYST, Françoise DIGNEFFE et Alvaro P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine – La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Montréal, P.U.M., 1998, p. 123.

35. Selon certains, la différence essentielle entre «pénalité» et «punition» réside justement dans la valeur symbolique reconnue à celle-ci et qui est largement absente de celle-là (J. FEINBERG, *op. cit.*, note 10, p. 98).

36. P. PONCELA, *loc. cit.*, note 17, p. 68.

pire encore, qu'il ne s'aggrave. Par contre, on dira qu'il «est [...] socialement inutile et moralement injustifié d'imposer une sanction [dissuasive] pour prévenir des comportements imprévisibles, peu susceptibles de se reproduire»³⁷, fussent-ils outrageants.

La dissuasion, même si elle prend prétexte d'une infraction antérieure pour y donner ouverture, vise le futur³⁸. En effet, la pénalité sera jugée utile, donc justifiée, à cause des effets bénéfiques qu'elles entraînera, en l'occurrence la dissuasion à tout nouveau manquement. Elle est donc associée à ce qui sera et non à ce qui a été. Elle requiert du tribunal qu'il regarde vers l'avenir afin d'évaluer l'opportunité d'une condamnation eu égard aux conséquences utiles qui en découlera³⁹. Comme la peine doit servir à dissuader le délinquant et les tiers dans le futur, la décision d'imposer une peine doit se faire en référence avec la conduite à venir et non en relation avec la conduite passée du contrevenant⁴⁰. C'est pourquoi la faute commise n'entre que d'une manière secondaire dans le débat relatif à la justification, car elle s'est manifestée avant la sanction, alors que la pénalité est décidée en fonction de l'après-sanction⁴¹.

Mentionnons, enfin, que, lorsque le comportement est répréhensible seulement parce qu'il est contraire à la loi (*malum quia prohibitum*), la norme n'est appuyée par aucun fondement moral. Pour les actes simplement prohibés, et ce contrairement aux actes répréhensibles en soi, l'incitation à s'y conformer dépend essentiellement de la crainte inspirée par les sanctions prévues dans la loi⁴². En effet, dans un tel cas, une personne respecte l'obligation non pas parce qu'elle croit au bien-fondé de celle-ci mais uniquement à cause des conséquences désagréables qui peuvent lui arriver en cas de contravention. Pour ce genre d'infraction, il ne

37. Pauline ROY, *Les dommages exemplaires en droit québécois: instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, thèse de doctorat, Université de Montréal, 1995, p. 278.

38. B. FELDTHUSEN, *loc. cit.*, note 26, p. 250: «A pure deterrence objective is quite different. Its purpose is to deter similar conduct in the future, whether by the defendant or others. An example is made to the defendant to that end, rather than punishing the defendant for a past wrong.»

39. Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^o 266, p. 194.

40. C.R.D.O., *op. cit.*, note 8, p. 37 et 38.

41. Stephanos A. LAZARIDIS, «La rétribution dans la philosophie pénale anglosaxonne d'aujourd'hui», dans *Archives de philosophie du droit*, T. 28, Paris, Éditions Sirey, 1983, 91, p. 93.

42. J. ANDENAES, *op. cit.*, note 29, p. 45.

saurait être question de punition. Par contre, il faut dire qu'il n'est pas impossible de dissuader un comportement répréhensible en soi, en utilisant la menace d'une sanction.

1.4 La punition et la pénalité appellent une démarche différente

On le constate, la punition et la pénalité opèrent différemment et, par conséquent, appellent une analyse et une démarche différentes⁴³. Nous faisons entièrement nôtre le commentaire suivant:

The most important impact on me of Professor Feldthusen's paper was that he made me for the first time examine the theoretical basis of the claim for punitive damages: whether it should be based entirely on economic deterrence or whether it should be seen as a form of retributive justice where deterrence is incidental but is not its main focus. I must confess that I never before fully understood the fundamental distinction between the two positions and the dramatic difference that the application of the different theories could have on [many questions].⁴⁴

Pourtant, on rapporte que ces distinctions sont rarement formulées et même perceptibles, bien qu'il existe une différence fondamentale d'approche selon que la sanction est inspirée par une vision rétributive ou utilitaire⁴⁵. Aussi ne faut-il pas s'étonner de retrouver, à l'occasion, certaines ambiguïtés. Par exemple, au sujet du but dissuasif, on dira que «[l]e caractère odieux et malicieux de l'acte posé par le défendeur au détriment de la victime doit être relevé et sanctionné par les tribunaux pour dissuader l'auteur de recommencer»⁴⁶. Et, à propos de la punition, on indiquera que «[l]a gravité et la malice de la faute ainsi mises en relief et rabrouées se transforment en punition directe»⁴⁷. Dans ces

43. Pour une analyse plus détaillée des deux courants philosophiques et de leurs composantes, voir: Hélène DUMONT, *Pénologie – Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 105 et s. Pour certaines implications en regard de chacune de ces approches, voir: Bruce CHAPMAN et Michael TREBILCOCK, «Punitive Damages in Search of a Rationale», (1989) 40 *Alab. Law Rev.* 741.

44. Earl A. CHERNIAK, «Commentary on Professor Feldthusen's Paper on Punitive Damages», (1990) 16 *Can. Bus. L.J.* 281, p. 283. L'article du professeur Feldthusen a été publié dans la même revue aux pages 241 et s. (*loc. cit.*, note 26). Soulignons que M. Feldthusen avait été nommé, par la C.R.D.O., Directeur de projet pour la préparation du rapport portant sur les dommages punitifs.

45. P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 200.

46. C. DALLAIRE, *op. cit.*, note 4, p. 18 et 19.

47. *Id.*, p. 19.

deux passages, on semble exiger une conduite passée *méritant* d'être dénoncée et punie et ce, même dans le premier cas où l'auteure aborde la dissuasion à titre principal⁴⁸. Pourtant, l'utilitarisme ne conçoit pas la peine comme la réponse *méritée* à l'action du contrevenant.

Certes, on nous dira que, d'un point de vue pratique, il n'y a pas nécessairement de conflit entre le fait d'infliger une peine pour des raisons rétributives et celui de l'infliger pour des motifs utilitaires. Cependant, cela est beaucoup moins vrai lorsqu'on fait les nuances appropriées. Premièrement, il se peut que la conduite que l'on voudrait dissuader soit immorale et, de ce fait, puisse également faire l'objet d'une punition. Dans ces cas, on nous argumentera que choisir une approche ou l'autre n'a pas grande importance, puisque la situation se prête autant à la pratique de la pénalité qu'à celle de la punition. Il demeure que ce n'est pas toujours le cas, par exemple, lorsque l'inconduite que l'on souhaite dissuader est simplement répréhensible parce que contraire à la loi (*malum quia prohibitum*).

Deuxièmement, on affirmera que la condamnation morale d'un acte passé aura un effet dissuasif pour l'avenir⁴⁹. De sorte qu'en imposant une punition on fait d'une pierre deux coups. Cela n'est pas toujours vrai car «on ne peut prétendre [...] que la punition [aura] un effet préventif dans tous les cas. Affirmer le contraire amènerait à confondre la finalité de la punition et de la prévention et à y recourir dans les mêmes circonstances»⁵⁰. En outre, même si la punition amène accessoirement un effet dissuasif, la justification d'une punition repose principalement sur des notions de mérite, la prévention n'apparaissant qu'être un résultat secondaire. Tandis qu'en matière d'utilitarisme la dissuasion n'est pas appréhendée seulement comme un effet inhérent de la peine mais comme le fondement de celle-ci⁵¹.

Troisièmement, l'imposition d'une pénalité peut, à l'occasion, être perçue comme une forme de punition par certaines per-

48. Comme autre exemple, voir *Corriveau c. Speer*, J.E. 98-1935 (C.S.): «Le tribunal considère que le comportement malicieux de l'intimé [...] doit être sanctionné pour le dissuader de violer de nouveau les droits du requérant». Ici, c'est sur la présence d'un comportement malicieux que semble reposer la décision de sanctionner le contrevenant, même si le but annoncé est de dissuader ce dernier.

49. La dissuasion a toujours été considérée comme un effet inhérent à l'infliction d'une punition (P. PONCELA, *loc. cit.*, note 17, p. 60).

50. P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 200.

51. P. PONCELA, *loc. cit.*, note 17, p. 60 et 61.

sonnes⁵². Ici, toutefois, l'opportunité d'attribuer une condamnation exemplaire réside essentiellement dans des considérations futures. Il ne s'agit pas de porter un jugement de valeur sur un comportement passé mais de poursuivre un résultat utile. C'est pourquoi, même si certaines personnes y voient l'expression d'une rétribution, cette dernière n'est pas vraiment recherchée par une pénalité. En fait, lorsqu'il s'agit de prévenir la récidive, le juge ne devrait pas se faire le reflet de la société, en désapprouvant au nom de la population une conduite passée, mais en être le guide, en dirigeant l'attention du contrevenant et du public vers l'avenir là où la mesure pénale est censée produire un effet.

Ainsi, quoique punition et pénalité peuvent, à l'occasion, se superposer, nous devons admettre qu'il y a plusieurs situations où il faut choisir entre les deux⁵³. Malgré cela, on doit reconnaître que la jurisprudence n'est pas toujours consciente de la nécessité de faire les distinctions appropriées et de donner la priorité, voire l'exclusivité, à une fonction sur l'autre. Par le passé, en effet, les tribunaux pénaux canadiens «ont élaboré une théorie plurifonctionnelle de la sanction pénale, [...] en proposant que l'idéal à atteindre dans l'imposition d'une peine consistait à doser savamment les objectifs de dissuasion, de réhabilitation et de rétribution»⁵⁴. En matière criminelle, on peut expliquer cette persistance à vouloir dire qu'une sentence peut à la fois punir et à la fois dissuader. En effet, ce qui distingue une *sanction criminelle* d'une *sanction civile* c'est que la première possède un aspect symbolique de condamnation publique qui est largement absent de la deuxième⁵⁵. C'est pourquoi, on a avancé qu'au niveau criminel,

52. C. DALLAIRE, *op. cit.*, note 4, p. 19: «[o]n décrit parfois la punition comme un objectif visé par les dommages exemplaires, et parfois elle n'est qu'un effet découlant de l'imposition d'un quantum dont le but reconnu est la dissuasion».

53. En droit pénal, différentes approches ont été proposées pour résoudre le dilemme. La première consiste à créer deux systèmes de sentences ayant chacun ses propres objectifs et règles. Ce scénario s'apparente à la division des infractions en *mala in se* qui donnent lieu à une punition et *mala quia prohibita* qui sont sanctionnées par une pénalité. La deuxième offre aux juges de choisir, selon les circonstances, entre imposer une sanction dissuasive ou désapprouver le contrevenant. La troisième attitude consiste à infliger une peine visant à la fois à punir et à dissuader, quitte à donner priorité à l'un de ces rôles lorsqu'il existe un conflit entre eux. La quatrième consiste à justifier la sanction par des considérations utilitaires mais à mesurer la sévérité de la peine à partir de principes rétributivistes, ou vice versa.

54. H. DUMONT, *op. cit.*, note 43, p. 101 et 103.

55. Clayton C. RUBY, *Sentencing*, 4^e éd., Toronto, Butterworths, 1994, p. 3. On dit aussi que l'une implique un blâme à l'endroit du fautif, ce qui n'est pas le cas de l'autre (Andrew von HIRSCH et Marc OUMET, «Proportionnalité et préven-

peu importe que l'objectif poursuivi soit la dissuasion, la majorité de la population y verra de toute façon l'infliction d'une mesure punitive⁵⁶. C'est qu'aux yeux de plusieurs personnes le droit criminel a toujours été et demeure toujours en grande partie une institution à caractère punitif⁵⁷. La séparation entre dissuasion et rétribution semble donc plus difficile à réaliser au niveau criminel. Cependant, il est possible d'entrevoir une solution différente en matière de dommages punitifs.

Tout d'abord, nonobstant leur caractère pénal⁵⁸, les dommages punitifs demeurent néanmoins une *sanction civile*. Par conséquent, il est loin d'être certain que la peine privée possède le même aspect symbolique de condamnation morale que celui qui accompagne une sanction criminelle véritable. On peut donc envisager l'existence d'une peine civile moralement neutre et destinée essentiellement à dissuader les contrevenants actuels et potentiels.

Ensuite, on peut ajouter que, même en droit criminel, plusieurs personnalités insistent pour dire que la réalisation simultanée d'un double objectif de punition et d'exemplarité sur un même pied d'égalité n'est pas souhaitable et est même probablement impossible à atteindre⁵⁹. Cela rejoint la pratique récente des tribunaux pénaux où on peut constater des signes clairs de dépérissement de la multifonctionnalité de la peine. La dislocation de la théorie plurifonctionnelle de la sentence peut être observée par une redéfinition des fonctions traditionnelles de la peine par les tribunaux pénaux, redéfinition consistant, entre autres, à donner préséance à une fonction sur l'autre⁶⁰. Nous ne voyons pas pour-

tion: Point de vue sur les évolutions récentes de la pénologie aux États-Unis», (1989) *Rev. sc. crim. et dr. pén. comp.* 269, p. 279).

56. *Le droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1982, p. 46: «qu'on aborde le problème du but du droit [criminel] selon une perspective punitive ou utilitaire, il importe de comprendre que les sanctions du droit [criminel] ont fondamentalement un caractère punitif».
57. *Id.*, p. 46. Voir aussi: Bruce P. ARCHIBALD, «Fault, Penalty and Proportionality: Connecting Sentencing to Subjective and Objective Standards of Criminal Liability», (1998) 40 *C.L.Q.* 263, p. 266 et 267.
58. Rappelons que les dommages punitifs ont un caractère pénal, en ce sens qu'ils sont spécifiquement destinés à infliger un désagrément à celui qui les reçoit et ce, même si la victime en profite éventuellement (*supra*, 1.1).
59. H. DUMONT, *op. cit.*, note 43, p. 103; R. Paul NADIN-DAVIS, *Sentencing in Canada*, Ottawa, Carswell, 1982, p. 5.
60. H. DUMONT, *op. cit.*, note 43, p. 103. Soulignons, cependant, que le législateur canadien reste néanmoins un ardent promoteur de la sentence plurifonctionnelle, si l'on s'en remet au nouvel art. 718 C.cr. où il est stipulé que l'infliction d'une sanction doit viser un ou plusieurs des objectifs qui y sont énoncés.

quoi cette nouvelle tendance ne devrait pas s'appliquer au niveau des dommages exemplaires.

Enfin, il faut tempérer l'affirmation selon laquelle toute sanction criminelle, même imposée dans une perspective utilitariste, possède un caractère punitif. En effet, c'est surtout lorsque la peine en est une d'emprisonnement que la population y voit l'imposition d'une punition nonobstant le fait que l'objectif recherché soit spécifiquement la dissuasion. Dans le cas de l'amende, que les citoyens considèrent comme une mesure plus clémente, on croit qu'elle est un moyen efficace de dissuasion mais qu'elle est généralement peu susceptible de remplir une mission de réprobation⁶¹. La conclusion que l'on peut tirer de cela, c'est que les gens sont prêts à attribuer des fonctions différentes à des peines différentes. Autrement dit, à une sanction particulière correspond un objectif particulier plutôt qu'un ensemble d'objectifs⁶². Or, comme il n'existe qu'une seule forme de dommages punitifs, à savoir la peine monétaire, il est permis de croire en l'existence d'une seule fonction.

Ainsi, lorsque vient le temps d'octroyer une peine privée, il faudrait savoir si cette sanction spéciale doit reposer sur des bases rétributives ou utilitaires⁶³. Plus concrètement, il faudrait se demander ceci. En permettant l'imposition de dommages punitifs, le législateur québécois souhaite-t-il rétribuer la faute commise, en attribuant, en retour une peine? Ou veut-il plutôt empêcher le débiteur de commettre un nouveau défaut d'exécution, en lui démontrant, par une atteinte à son patrimoine, qu'il est de son intérêt d'éviter tout manquement dans l'avenir?

2. L'APPROCHE QUÉBÉCOISE EN MATIÈRE DE DOMMAGES PUNITIFS

La C.R.D.O. est arrivée à la conclusion que les tribunaux canadiens de common law attribuent des dommages punitifs principalement sur la base de la rétribution de la faute⁶⁴. Qu'en est-il

61. *Infra*, 4.3.5.

62. Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, *Réformer la sentence: une approche canadienne*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1987, p. 147.

63. P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 200.

64. C.R.D.O., *op. cit.*, note 8, p. 37 et 38. Après avoir analysé la possibilité d'imposer des dommages punitifs spécifiquement dans un but de dissuasion, l'organisme ontarien a recommandé que, dans une éventuelle réforme du droit ontarien, les dommages punitifs continuent à être octroyés dans une perspective rétributive (*ibid.*).

au Québec? Chez nous, en l'absence d'une déclaration législative expresse à ce sujet, les juges ont pu auparavant, à partir de leur propre conception de cette sanction, choisir l'un ou l'autre des buts précités, voire plusieurs buts simultanément. Nous verrons en quoi consiste la conception antérieure des tribunaux sur le sujet (2.1). Cela, cependant, nécessite un réexamen de la question et ce, pour les raisons que nous indiquerons (2.2). Ce réexamen nous amènera à examiner la nouvelle approche québécoise en matière de dommages exemplaires (2.3).

2.1 La conception antérieure des tribunaux

Dans les arrêts *Curateur* et *Béliveau St-Jacques*, la Cour suprême a mentionné que les dommages punitifs avaient un double objectif de punition et de dissuasion⁶⁵. Pour en arriver à cette conclusion, le plus haut tribunal s'est appuyé sur plusieurs arrêts de la Cour d'appel: *Papadatos c. Sutherland*⁶⁶; *West Island Teachers' Association c. Nantel*⁶⁷; *Lemieux c. Polyclinique St-Cyrille Inc.*⁶⁸; *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), syndicat affilié à la C.E.Q. c. Alvetta-Comeau*⁶⁹. À première vue, nos tribunaux ont adopté une approche plurifonctionnelle de la peine⁷⁰. Qu'en est-il cependant lorsqu'on y regarde de plus près?

On l'a dit, dans le langage populaire, les termes «punition» et «punir» englobent la pénalité⁷¹. Pour les fins du présent texte, nous avons choisi de limiter ces termes aux seules mesures relevant du rétributivisme⁷². Il y a lieu de se demander si les instances supérieures ont utilisé ces mots dans un sens large ou dans un sens plus étroit (comme nous avons choisi de le faire). Un examen des décisions précitées, tant de la Cour suprême que de la Cour d'appel, fait ressortir qu'une préoccupation rétributive a dominé dans la justification de la sanction pénale. D'une part, on retrouve explicitement ou implicitement la notion de *mérite* dans ces déci-

65. *Curateur*, précité, note 7, p. 261, par. 119 (j. L'Heureux-Dubé); *Béliveau St-Jacques*, précité, note 7, p. 363, par. 21 (j. L'Heureux-Dubé) et p. 408, par. 126 (j. Gonthier).

66. [1987] R.J.Q. 1020.

67. [1988] R.J.Q. 1569.

68. [1989] R.J.Q. 44.

69. [1990] R.J.Q. 130.

70. Cela n'est pas sans rappeler l'approche des tribunaux pénaux canadiens qui ont élaboré une théorie plurifonctionnelle de la sanction pénale.

71. *Supra*, 1.1.

72. *Ibid.*

sions. Imposer une peine à l'individu parce qu'il le *mérite* équivaut à rétribuer cet individu. D'autre part, la faute n'y apparaît pas comme une simple condition d'ouverture mais comme le fondement même de l'imposition de dommages punitifs. Lorsque la faute suffit, à elle seule, à justifier l'infliction d'une sanction, c'est que cette dernière a pour fonction de rétribuer cette faute. Ainsi, quoique l'on ait attribué une double fonction à la sanction pénale, nos tribunaux ont donné priorité à la fonction punitive sur la fonction dissuasive⁷³.

D'ailleurs, dans l'arrêt *Curateur* la juge L'Heureux-Dubé a noté que «le même objectif de punition et de dissuasion sous-tend l'octroi de dommages exemplaires en common law»⁷⁴, en référant à l'arrêt *Vorvis* et au rapport de la C.R.D.O. Or, dans *Vorvis* le tribunal a adopté une approche carrément rétributive⁷⁵, en passant sous silence la dissuasion⁷⁶. Il aurait été facile de référer soit à *Norberg*⁷⁷, soit à *Hill*⁷⁸. Dans ces deux arrêts, la Cour suprême y mentionne tant la punition que la dissuasion comme objectifs aux dommages punitifs en common law. Quant au rapport de la C.R.D.O., on se rappellera que cet organisme est arrivé à la conclusion que les tribunaux canadiens de common law attribuent des dommages punitifs principalement sur la base de la rétribution de la faute⁷⁹.

En fait, plusieurs raisons peuvent expliquer la mention de la dissuasion à côté de la punition. Premièrement, pour donner une dimension plus acceptable à la punition, les tribunaux lui asso-

73. Notons que cela rejoint le droit pénal actuel où on peut constater des signes de dépérissement de la multifonctionnalité de la peine, notamment en donnant préséance à une fonction sur l'autre (H. DUMONT, *op. cit.*, note 43, p. 103).

74. *Curateur*, précité, note 7, p. 262, par. 119.

75. *Vorvis*, précité, note 19, p. 1099 (j. McIntyre): «Les dommages-intérêts punitifs [...] ne peuvent servir qu'au cas où le comportement qui justifie la demande est tel qu'il *mérite* d'être puni.» (notre italique). *Id.*, p. 1108 (j. McIntyre): «il faut que le comportement soit de nature extrême et *mérite* [...] d'être condamné et puni» (notre italique). *Id.*, p. 1130 (j. Wilson): «Selon moi, la bonne méthode consiste à évaluer la conduite à la lumière de toutes les circonstances et à déterminer si elle *mérite* d'être punie» (notre italique). On se rappellera que la punition repose sur une question de *mérite*, ce qui n'est pas le cas de la pénalité.

76. Les seules mentions explicites au sujet de la dissuasion apparaissent dans les propos d'instances inférieures, propos qui sont simplement rapportés dans le jugement de la Cour suprême.

77. Précité, note 7. Mentionnons que dans *Norberg* la dissuasion semble avoir dominé.

78. Précité, note 3.

79. *Supra*, note 64.

cient souvent un objectif utilitaire⁸⁰. Cette association ne fait que masquer l'objectif véritable que se fixent plusieurs magistrats: les décisions rendues ne sont rien d'autre que l'expression d'une justice rétributive⁸¹. Deuxièmement, en d'autres occasions, la mention de la dissuasion ne fait que rappeler l'existence d'une conséquence inhérente, mais secondaire, à l'imposition d'une punition. Ici, la mesure spéciale repose essentiellement sur une notion de mérite et non d'utilité, même si elle comporte accessoirement un aspect utilitaire⁸². Troisièmement, la punition et la dissuasion visaient parfois des personnes distinctes: il s'agissait de punir le contrevenant et de dissuader les autres⁸³. Quatrièmement, on remarque, à l'occasion, que le tribunal a adopté une posi-

-
80. De nos jours, peu de personnes s'aventurent à décrire les sentences pénales comme l'expression d'une pure punition. C'est qu'il existe un certain malaise à dire franchement que de telles mesures sont imposées pour punir et pour aucune autre raison, bien que dans les faits ce soit souvent le cas (Raymond GASSIN, *Criminologie*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1998, n^o 716, p. 537). Doit-on le rappeler, l'instinct de vengeance de la victime est canalisé vers le contrevenant par l'intermédiaire du système judiciaire (Maurice CUSSON, «Le sens de la peine et la rétribution», (1985) *Rev. int. de crim. et de pol. techn.* 271, p. 283 et 284). Par conséquent, la peine, c'est la vengeance prise en charge par l'État (*ibid.*). Officiellement, toutefois, la vengeance n'a plus sa place dans les sociétés modernes dites civilisées. Pour être sûr que la sanction n'apparaisse pas comme l'expression d'une simple vengeance, on préfère ajouter une dimension utilitaire. Cet artifice permet de rendre la punition plus acceptable. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. M. (C.A.)* (précité, note 21, p. 559), le tribunal a énoncé que ni le châtement ni la réprobation ne justifient complètement l'application de sanctions pénales et que des considérations utilitaristes doivent s'ajouter pour donner une justification cohérente de la peine. Nous faisons l'hypothèse que c'est dans cette optique que les tribunaux collent parfois la dissuasion à la punition en matière de dommages punitifs.
81. Selon H. Dumont, les tribunaux pénaux attribuent plus d'importance à la rétribution qu'ils ne veulent bien l'admettre (H. DUMONT, *op. cit.*, note 43, p. 121). Sans doute que cette constatation vaut également en matière de dommages exemplaires.
82. Selon la C.R.D.O., les tribunaux privilégient la punition. C'est pourquoi, lorsqu'ils réfèrent à la dissuasion, ils ont généralement en tête la dissuasion inhérente à l'imposition d'une punition (*op. cit.*, note 8, p. 35). Voir aussi: P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 202.
83. Voir, par exemple, *Curateur* (précité, note 7, p. 264, par. 125): «les fins pour lesquelles les dommages exemplaires sont octroyés, soit punir le contrevenant et offrir un exemple à la société»; *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand c. Curateur public*, [1994] R.J.Q. 2761, p. 2804 (j. Nichols) (C.A.): «l'intention est de punir l'auteur de l'atteinte et dissuader ceux qui voudraient imiter son comportement» repris dans *Desroches c. C.D.P.Q.*, [1997] R.J.Q. 1540, p. 1560 (j. Zerbisias) (C.A.). Aux États-Unis, voir Linda L. SCHLUETER et Kenneth R. REDDEN, *Punitive Damages*, vol. 1, 3^e éd., Charlottesville, Michie Butterworth, 1995, p. 26: «[i]n most jurisdictions, the Court awards punitive damages [...] to punish the defendant and to serve as a warning or example to others who may commit similar outrageous acts in the future».

tion rétributiviste pour justifier la sanction et une position utilitariste au niveau de l'évaluation de la sanction⁸⁴.

2.2 Un réexamen de la question est nécessaire

On pourrait en rester là, en se disant que les tribunaux ont tranché la question de la fonction des dommages punitifs. Néanmoins, plusieurs raisons nous poussent à réexaminer la chose. En premier lieu, il ne faut pas oublier que les faits à l'origine des jugements précités⁸⁵ sont antérieurs à l'entrée en vigueur du nouveau Code civil. Or, la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*⁸⁶ prévoit, à son article 88, que «[l]es droits du créancier en cas d'inexécution du débiteur sont régis par la loi en vigueur au moment de l'inexécution». Les dommages punitifs sont certainement l'un des droits auxquels réfère cet article. Par conséquent, une analyse basée sur le Code civil du Québec s'impose pour savoir si cette nouvelle loi permet de soutenir l'un de ces objectifs (punition ou dissuasion) plutôt que l'autre, lorsque les faits litigieux sont postérieurs au 1^{er} janvier 1994.

En deuxième lieu, il nous semble que les premiers auteurs québécois à avoir traité du sujet l'on fait en s'inspirant grandement de la pratique de la common law. Les dommages punitifs étant un concept de droit anglais, il était tout à fait normal de se tourner vers nos voisins. Ces écrits, à n'en pas douter, ont fortement influencé la pratique judiciaire de la peine privée. Néanmoins, l'observation suivante nous paraît tout à fait pertinente en regard d'un réexamen: «Du jour où un texte [...] devient loi étrangère, il se sépare du tronc initial, pour prendre un développement désormais indépendant de toutes les interprétations qui lui seront données dans sa partie d'origine [...]»⁸⁷ Il convient donc d'adapter les dommages punitifs aux particularités de notre système civiliste de façon à ce qu'ils y trouvent une place et une interprétation

84. Par exemple, dans *Papadatos c. Sutherland* (précité, note 66), le juge Rothman a écrit: «No one would doubt that the malicious and malevolent acts committed by Appellant merited denunciation in the strongest terms and punishment sufficiently severe to deter Appellant [...]» (nos italiques).

85. Voir aux notes 65 à 69.

86. L.Q. 1992, c. 57 (ci-après: L.A.R.C.C.).

87. R. SALEILLES, «La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada», (1911) 10 *Rev. trim. dr. civ.* 23, p. 39. Voir aussi *Aubrais c. Ville de Laval*, [1996] R.J.Q. 2239, p. 2253: «Ce n'est pas parce que notre droit civil a emprunté une institution juridique au droit étranger qu'il faille continuer indéfiniment à l'interpréter en fonction de tel droit uniquement. Une fois l'importation de [l'institution étrangère] dans notre droit civil, celle-ci doit s'intégrer dans notre système civiliste de droit privé».

compatibles avec le droit québécois. On ne saurait qu'approuver les propos suivants: «si les tribunaux décident de s'en référer aux principes appliqués en common law, ils doivent le faire de façon éclairée»⁸⁸ et sans «copier de façon servile les règles de common law»⁸⁹. En somme, il y a lieu de se demander si, compte tenu du droit québécois, nos dommages punitifs sont en tout point semblables à ceux qui existent chez nos voisins.

En troisième lieu, on sait que l'article 1621 C.c.Q. a été adopté dans le but d'éliminer les disparités en matière de dommages exemplaires⁹⁰. À cet égard, il faut dire que l'uniformité devrait être recherchée moins au niveau du résultat (c.-à-d. au niveau du montant octroyé) mais plus dans le processus pour y parvenir⁹¹. En regard du processus d'imposition d'une sanction, il faut distinguer entre la *fonction justificatrice* (Quand la sanction est-elle justifiée?) et la *distribution* (Qui peut-on condamner? Avec quelle intensité?)⁹². Ce n'est pas seulement l'absence de critères législatifs en rapport avec la *distribution* qui expliquait les inégalités au niveau des condamnations exemplaires. On peut également indiquer l'absence d'une politique explicite quant à la *fonction justificatrice*⁹³. En droit pénal, les recherches «ont révélé que le facteur le plus fréquemment invoqué pour expliquer les disparités injustifiées des sentences est la confusion qui règne au sujet des buts de

88. P. ROY, «La difficile intégration du concept de dommages exemplaires en droit québécois», dans *Responsabilité civile et les dommages: en constante évolution*, Toronto, Institut Canadien, 1990, p. 77.

89. J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 39, n° 271, p. 198.

90. Commentaires du ministre de la Justice, *Le Code civil du Québec*, T. 1, Québec, Gouvernement du Québec, 1993, p. 1005.

91. En effet, être traité de façon égale ne suppose pas un résultat semblable mais un processus semblable. Si le problème central s'était situé au niveau du résultat, le législateur aurait sûrement privilégié l'adoption d'une échelle des peines, en fixant un taux pour chaque situation. Or, nos élus ont préféré laisser le soin aux tribunaux de fixer le quantum en leur fournissant des critères pour les guider dans le processus menant au résultat. C'est pourquoi, si on arrive à des similitudes de résultats, cela devrait être dû à l'uniformisation de l'approche suivie plutôt qu'être imputable à l'utilisation d'une grille tarifaire qui aurait été construite à partir des jugements déjà rendus.

92. Voir: H.L.A. HART, *Punishment and responsibility – Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1968, p. 9. Dans le présent texte, nous nous intéressons principalement à la fonction justificatrice de la peine. Bien que la question de la distribution soit accessoirement touchée, nous en traiterons plus en détail dans un prochain texte.

93. Notons qu'il n'y a pas seulement le deuxième alinéa de l'art. 1621 C.c.Q. qui fournit des *critères*, puisque la prévention (premier alinéa de l'art. 1621 C.c.Q.) constitue aussi un *critère* (*infra*, note 101).

la sentence»⁹⁴. Il est vraisemblable de croire que la même conclusion s'appliquait en matière de dommages punitifs avant l'entrée en vigueur du nouveau Code civil. Aussi est-il raisonnable de supposer que le législateur ait profité de l'adoption de l'article 1621 C.c.Q. pour s'exprimer expressément sur le rôle qu'il entendait faire jouer à la sanction pénale, de manière à unifier davantage l'approche en la matière. Il est donc nécessaire de vérifier si, dans le droit actuel, la conception antérieure des tribunaux doit encore perdurer.

2.3 La nouvelle approche québécoise

L'élaboration d'une pratique uniforme en matière de dommages punitifs présente certaines difficultés. Il y a, tout d'abord, la grande variété des obligations dont l'inexécution peut être sanctionnée par la mesure exemplaire. Certaines violations peuvent être considérées comme *malum in se* alors que certaines autres apparaissent simplement comme *malum quia prohibitum*. Et c'est sans compter la difficulté de placer quelques infractions dans un camp plus que dans l'autre. Il y a, ensuite, la diversité des contextes dans lesquels se produisent les contraventions. Dans un cas, l'on recherchera un avantage quelconque pour soi-même même si cela doit se faire sur le dos des autres. Dans un autre cas, l'objectif réel sera de nuire à autrui. Il y a, également, une divergence textuelle au sujet des comportements susceptibles d'entraîner une telle condamnation. La loi exige parfois la mauvaise foi⁹⁵, parfois une atteinte intentionnelle⁹⁶, parfois une atteinte intentionnelle ou une faute lourde⁹⁷. À d'autres occasions, la loi est silencieuse sur la nature de l'inconduite⁹⁸. Il y a, en outre, des différences entre les personnes susceptibles de se voir imposer une peine. Il pourra s'agir d'un particulier qui n'est pas familier avec les lois mais aussi d'une entreprise ou d'un professionnel bien au fait de la législation. Il y a, enfin, le fait que ce n'est pas toujours le contrevenant même qui doit supporter la sanction. En effet, il

94. Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, *op. cit.*, note 62, p. 146. Voir aussi: Julian V. ROBERTS et Andrew von HIRSCH, «Statutory Sentencing Reform: The Purpose and Principles of Sentencing», (1995) 37 *C.L.Q.* 220, p. 222.

95. Par ex., l'art. 1968 C.c.Q.

96. Par ex., l'art. 49, al. 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après: la Charte).

97. Par ex., l'art. 167 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1 (ci-après: L.A.D.O.P.).

98. Par ex., l'art. 272 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 (ci-après: L.P.C.).

arrive que la loi rende implicitement le commettant responsable du paiement des dommages exemplaires même si le manquement est l'œuvre d'un employé⁹⁹.

Dans les circonstances, est-il possible d'envisager une approche commune en la matière? C'est pourtant l'objectif que s'est fixé le législateur en édictant l'article 1621 C.c.Q. En se basant sur le premier alinéa de cet article, l'on peut dire que l'octroi d'une somme exemplaire quelconque doit, dorénavant, «s'inscrire dans la seule perspective d'une fonction préventive»¹⁰⁰. Il s'agit là d'un critère général qui uniformise l'approche en matière de dommages punitifs¹⁰¹. À notre avis, deux choses ressortent de l'article en question. En premier lieu, le législateur a choisi de délaisser la plurifonctionnalité pour donner à la peine privée une fonction unique: la prévention¹⁰². En deuxième lieu, c'est sur l'avenir, et non sur le passé, qu'il faut s'appuyer pour justifier l'imposition d'une sanction pénale.

Est-il nécessaire de le rappeler, le législateur est censé connaître la jurisprudence. Celle-ci, par le passé, a reconnu un double objectif (punitif et dissuasif) aux dommages punitifs. Puisque nos élus ont choisi de ne pas référer à une «fonction punitive», c'est qu'ils ont voulu s'éloigner de l'approche rétributive. Il est vrai que l'article en question parle de prévention plutôt que de dissuasion. Il demeure que l'une et l'autre ont en commun quelque chose: le futur¹⁰³. Or, la punition est orientée vers le passé¹⁰⁴. Ainsi, à sa face même, le texte de l'article 1621 C.c.Q. suffit pour écarter toute idée de rétribution lors de l'imposition de dommages

99. Voir: *infra*, 3.1.3(A).

100. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 39, n° 27, p. 16. Voir, aussi: P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 374; Carole SOUCY, «La responsabilité extracontractuelle de l'État et le nouveau Code civil du Québec», dans *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 303, p. 327.

101. Assemblée nationale, *Journal des débats*, Commission parlementaire, Sous-commission des institutions, 34^e législature, 1^{re} session, 9 octobre 1991, SCI-550 et 551: «**M. Pineau**: [...] Le critère invoqué est celui de la prévention. [...] **M. Masse**: Et ce critère général [...] *uniformise* l'approche que l'on adoptera.» (notre italique) (note: ces propos ont été tenus lors de l'étude du nouvel article 1621 C.c.Q.).

102. Nous verrons en quoi consistent les différentes facettes de la prévention (*infra*, 4).

103. Nous aurons l'occasion d'analyser la relation entre la dissuasion et la prévention (*infra*, 4).

104. *Supra*, 1.2. Dans la philosophie rétributive le criminel est puni parce qu'il a commis un crime et non pour *prévenir* le crime (M. CUSSON, *loc. cit.*, note 80, p. 277).

exemplaires¹⁰⁵. Toutefois, compte tenu de l'intérêt en jeu, il y a lieu de pousser plus avant l'analyse.

3. LES DOMMAGES PUNITIFS: INSTRUMENT UTILITAIRE

On aura déduit, de nos derniers propos, que c'est à l'utilitarisme et à la pratique de la pénalité qu'il convient d'associer les dommages punitifs¹⁰⁶. C'est d'ailleurs la meilleure façon d'unifier la pratique de la peine privée. Pourquoi? Parce que si on examine l'ensemble des situations couvertes par les dommages punitifs, il devient presque impossible de généraliser la pratique de la punition, alors que la pratique de la pénalité est susceptible de recevoir une application beaucoup plus universelle. En effet, il est possible de dissuader un comportement répréhensible en soi (*malum in se*). Par contre, il paraît plus difficile de donner un blâme moral à celui dont l'inconduite est répréhensible seulement parce que contraire à la loi (*malum quia prohibitum*). C'est pourquoi, il était préférable que le législateur se tourne vers l'utilitarisme comme philosophie sous-jacente à la peine privée. Seul ce courant idéologique permet d'instaurer un régime commun à tous les domaines touchés par la sanction pénale.

Il s'agit maintenant de valider notre interprétation de l'article 1621 C.c.Q. Pour ce faire, nous procéderons comme suit.

105. D'ailleurs, plusieurs auteurs (*supra*, note 100) s'en remettent principalement à l'art. 1621 C.c.Q. pour affirmer que la peine exerce une fonction essentiellement préventive.

106. On peut même se demander s'il n'aurait pas fallu qu'il en soit toujours ainsi. Une sanction rétributive comporte toujours, plus ou moins, l'idée d'une certaine équivalence entre le mal commis et le mal infligé, celui-ci effaçant symboliquement celui-là (Nigel WALKER, *Why Punish?*, Oxford, Oxford University Press, 1991, p. 69). Autrement dit, on conçoit la punition comme quelque chose qui est donné en échange d'un crime et qui vise à compenser le crime (M. CUSSON, *loc. cit.*, note 80, p. 277). C'est, dit-on, une façon de rétablir, au sens moral, l'équilibre émotionnel de la victime ou de la société (David G. OWEN, «Punitive Damages in Products Liability Litigation», (1976) 74 *Mich. L. Rev.* 1258, p. 1279 et 1280; David G. OWEN, «A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform», (1994) 39 *Vill. L. Rev.* 363, p. 377). En somme, la punition permet de réparer les pots cassés. Or, d'une part, la réparation des torts causés à la société relève du droit pénal (*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, 562 (j. Wilson) et, d'autre part, les dommages-intérêts accordés en réparation du préjudice subi couvrent tous les torts subis par la victime, y compris le sentiment de frustration. La définition même du mot «rétribution», qui comporte l'idée de compensation (*Le Grand Robert de la langue française* (éd. 1992), «rétribution»: ce qui est donné en échange d'un service, d'un travail; «rétribuer»: [...] indemniser de [...]), s'est peut-être donc toujours opposée à l'utilisation d'une peine dans cette perspective, puisque la responsabilité civile et la responsabilité pénale y pouvoient déjà.

Dans un premier temps, nous examinerons certaines données fournies par cet article. À cette occasion, nous verrons que les éléments de cette disposition n'infirmement aucunement notre position en la matière (3.1). Dans un deuxième temps, nous verrons qu'il existe également d'autres arguments pour soutenir notre interprétation (3.2). Tout cela devrait permettre d'écarter l'idée d'attribuer au prononcé de la sanction pénale un aspect symbolique de punition.

Par ailleurs, on peut se demander si, à l'occasion, un objectif autre que la prévention reste encore permis aujourd'hui à titre d'exception au principe énoncé à l'article 1621 C.c.Q. En effet, même si le Code civil annonce une règle d'application générale en matière de dommages punitifs, il demeure toujours possible qu'une des dispositions permettant l'octroi de la sanction pénale puisse implicitement déroger à la règle de droit commun¹⁰⁷. À cet égard, il peut être intéressant d'examiner le deuxième alinéa de l'article 49 de la Charte. En effet, l'on pourrait soutenir que les dommages punitifs prévus à l'article 49 de la Charte s'inscrivent dans une dynamique de punition¹⁰⁸. Toutefois, à l'analyse, nous verrons que la Charte ne fait pas exception au principe formulé à l'article 1621 C.c.Q. (3.3).

3.1 Analyse de certaines données fournies par l'article 1621 C.c.Q.

3.1.1 Le rôle préventif au moment de la décision d'imposer une condamnation exemplaire

Au moment où elle est établie dans un texte, la peine exerce, *a priori*¹⁰⁹, un rôle comminatoire, donc préventif. C'est là l'effet escompté du fait de son adoption dans la loi. Précisons qu'avant le défaut tant la punition que la pénalité peuvent jouer un rôle d'intimidation envers les contrevenants potentiels. Dans le cas où la menace n'aurait pas empêché l'inexécution de l'obligation, doit-on forcément lui faire jouer le même rôle, *a posteriori*¹¹⁰? Pas

107. Voir la disposition préliminaire du Code civil du Québec où il est stipulé que les lois particulières peuvent déroger aux principes généraux du Code.

108. Certains auteurs considèrent que les dommages exemplaires prévus dans certaines lois, telle la L.P.C., ont une fonction dissuasive mais que dans d'autres cas, par exemple avec la Charte, la peine est de nature punitive et ce, malgré la mise en vigueur de l'art. 1621 C.c.Q. (voir: Daniel GARDNER, «Réflexions sur les dommages punitifs et exemplaires», (1998) 77 *R. du B. can.* 198).

109. C.-à-d. avant que ne survienne l'inexécution.

110. C.-à-d. après l'inexécution, au moment où l'on doit décider d'imposer ou non des dommages punitifs.

forcément, car on peut théoriquement envisager que les dommages punitifs puissent exercer, au moment de leur prononcé, une fonction punitive. C'est pourquoi on doit se demander si, en référant à la «fonction préventive», le législateur envisage la sanction dans son rôle *a priori* ou *a posteriori*. Si on retenait la première hypothèse, on pourrait soutenir que le Code est silencieux sur le but à atteindre lorsque, après le défaut, il faut choisir d'imposer ou non une peine. Il nous semble que c'est la deuxième option qui est envisagée à l'article 1621 C.c.Q. Tout d'abord, cette disposition apparaît dans le cadre des mesures ouvertes au créancier lorsqu'il y a un défaut d'exécution¹¹¹. On se situe donc après l'inexécution de l'obligation. Ensuite, il est dit que les dommages punitifs «ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive»¹¹². Cette formulation nous indique clairement que l'article en question envisage la situation au moment du prononcé de la sanction pénale. Nous sommes forcé de conclure que le législateur réfère au rôle *a posteriori* de la peine.

Par ailleurs, tel que déjà mentionné, à l'intérieur du processus d'imposition, il faut distinguer entre la *fonction justificatrice* d'une sanction et sa *distribution*¹¹³. Chronologiquement, la Cour doit d'abord décider d'accorder ou non des dommages punitifs et, le cas échéant, établir par la suite la valeur de ceux-ci. L'absence d'une telle distinction entraîne d'énormes confusions puisque l'on peut avoir une position utilitariste au niveau de la fonction justificatrice et une position rétributiviste quant aux principes de distribution¹¹⁴ ou être constamment utilitariste ou rétributiviste¹¹⁵. Même si l'article 1621 C.c.Q. est localisé dans une section¹¹⁶ et une sous-section portant sur l'évaluation¹¹⁷, ce qui pourrait laisser croire que cet article traite seulement de la question de la distribution de la sanction, on y fait tout de même une référence expresse à la *fonction* des dommages punitifs. Il serait étrange que le législateur se soit prononcé sur le régime applicable au stade de la distri-

111. Art. 1590 et s. C.c.Q.

112. Art. 1621, al. 1 C.c.Q.

113. *Supra*, 2.2.

114. Ou l'inverse.

115. P. LANDREVILLE, *loc. cit.*, note 10, p. 214. Un exemple de position mixte est celle où l'on justifie la sanction par des finalités utilitaires – on n'impose une condamnation que si celle-ci peut réduire le risque de récidive – tout en ayant recours au rétributivisme comme principe de distribution – on ne sanctionne que celui qui s'est effectivement rendu coupable d'une infraction et qu'en proportion de la responsabilité de l'infracteur – (*id.*, p. 215).

116. «De l'évaluation des dommages-intérêts» (art. 1611 à 1625 C.c.Q.).

117. «De l'évaluation en général» (art. 1611 à 1621 C.c.Q.).

bution, en utilisant le mot «fonction», et qu'il soit demeuré silencieux sur la question de la *fonction justificatrice*. C'est pourquoi, il faut tenir que la peine a comme *fonction justificatrice* des visées préventives, donc utilitaires.

Il faut préciser qu'à défaut de distinction dans l'article 1621 C.c.Q. la mission préventive s'applique tant à l'égard du contrevenant que des tiers qui seraient tentés de l'imiter. Il ne saurait être question d'appréhender la sanction pénale comme une *punition* à l'endroit du fautif et comme un *exemple* pour les autres¹¹⁸. Il serait surprenant que le législateur ait précisé que la peine sert à empêcher les tiers de suivre les traces du délinquant tout en passant sous silence le but de la sanction en regard du contrevenant même. En outre, même si la *punition* entraîne accessoirement un effet préventif, il serait étrange que nos élus aient référé à l'aspect inhérent d'une condamnation plutôt qu'à son rôle principal. Autrement dit, il est peu probable que le législateur ait pris soin d'indiquer que les dommages punitifs servent, de façon incidente, à prévenir un défaut d'exécution, tout en omettant de se prononcer expressément sur la fonction principale de la peine.

3.1.2 Les dommages-intérêts punitifs n'ont de «punitif»¹¹⁹ que le nom

Du fait que l'article 1621 C.c.Q. réfère à des «dommages-intérêts *punitifs*», peut-on en conclure que cette mesure coercitive exerce une fonction punitive? Voyons d'abord ce qui se passe chez nos voisins. Dans l'arrêt *Vorvis*, la Cour suprême a énoncé que «les dommages *punitifs*, comme leur nom l'indique, visent à *punir*»¹²⁰. À première vue, on pourrait interpréter ces propos comme signifiant que l'adjectif «punitifs» sert à indiquer qu'une telle mesure exerce une fonction punitive et non dissuasive. Toutefois, à l'analyse une autre conclusion s'impose. À notre avis, par ce passage, la Cour suprême voulait simplement mettre en évidence le fait qu'une telle sanction ne vise pas à procurer un remède à la victime mais plutôt à infliger un désagrément au contrevenant, c'est-à-dire à le punir au sens large¹²¹. En d'autres termes, c'est pour marquer la distinction avec les dommages-intérêts compensatoires, destinés à indemniser la victime, que le tribunal a précisé que les dommages punitifs visent à punir. D'ailleurs, quelques lignes plus

118. Voir *supra*, note 83.

119. Au sens étroit (*supra*, 1.1).

120. *Vorvis*, précité, note 19, p. 1098 (nos italiques).

121. *Supra*, 1.1.

loin le tribunal écrivait que «[l]es dommages-intérêts majorés sont de nature indemnitaire et ils ne peuvent être accordés qu'à cette fin» et que «[l]es dommages-intérêts punitifs, par contre, sont de nature punitive»¹²². On le voit bien, l'adjectif «punitive» est mis en opposition à «indemnitaire». Bref, le verbe «punir» a été utilisé pour souligner le fait que les dommages-intérêts punitifs ont un caractère pénal (plutôt que curatif¹²³) et non pour référer à l'objectif recherché (punition ou dissuasion) par l'imposition de cette sanction¹²⁴.

Certes, comme l'a dit la C.R.D.O., «the use of the term “exemplary”, as opposed to the term “punitive”, suggests a deterrence, rather than a punitive purpose»¹²⁵ et «exemplary damages for the purpose of punishment [...] should be referred to as “punitive damages” [...] in preference to the term “exemplary damages”, to emphasize the punitive rationale»¹²⁶. Cependant il ne s'agit là que d'une recommandation de l'organisme ontarien car, en common law, on considère généralement qu'il n'y a pas de différence entre les «*punitive damages*» et les «*exemplary damages*»¹²⁷. Par conséquent, chez nos voisins, on ne peut, pour l'instant du moins, inférer une fonction quelconque simplement à partir du nom donné à la sanction pénale. C'est pourquoi, il est nécessaire de s'en remettre à d'autres éléments pour déterminer le courant idéologique ayant présidé à l'imposition d'une peine. Par exemple, dans l'arrêt *Vorvis* on peut lire que les dommages punitifs ne peuvent servir que si le comportement qui justifie la demande est tel qu'il *mérite* d'être sanctionné¹²⁸. On l'a vu, la notion de «mérite» est étroitement liée au rétributivisme¹²⁹. Dans le cas de cet arrêt, ce n'est pas le nom donné à la sanction pénale qui nous permet de dire que le tribunal a favorisé une approche rétributive mais bien la notion de «mérite» sur laquelle s'est appuyée la Cour.

122. *Vorvis*, précité, note 19, p. 1099.

123. *Supra*, 1.1.

124. C'est pourquoi, il faudrait lire «les dommages punitifs, comme leur nom l'indique, visent à punir [le contrevenant et non à soulager la victime]» plutôt que lire «les dommages punitifs, comme leur nom l'indique, visent à punir [le contrevenant et non à le dissuader]».

125. C.R.D.O., *op. cit.*, note 8, p. 35.

126. *Id.*, p. 38.

127. Voir, par exemple, l'arrêt *Norberg* (précité, note 7, p. 264, 268 et 298) où on a utilisé ces deux expressions comme si elles étaient synonymes. Aux États-Unis, «[a]s a general rule, the terms «punitive damages» and «exemplary damages» can be used interchangeably» (L.L. SCHLUETER et K.R. REDDEN, *op. cit.*, note 83, p. 22).

128. Voir à la note 75, *supra*.

129. *Supra*, note 16.

Au Québec, les tribunaux¹³⁰ et les auteurs¹³¹ ont toujours considéré les expressions «dommages exemplaires» et «dommages punitifs» comme des synonymes. Il en est de même dans les commentaires du ministre de la Justice où l'on parle de «dommages-intérêts punitifs ou exemplaires» comme si ces termes étaient interchangeable¹³². Ainsi, l'une et l'autre de ces expressions réfèrent à la peine privée et ce, sans égard à l'objectif (punition ou dissuasion) que l'on voudrait voir prédominer. Partant de là, on ne peut inférer que les «dommages-intérêts *punitifs*»¹³³ ont pour fonction de punir (au sens étroit¹³⁴), puisque cette expression s'applique aussi bien à une peine imposée spécifiquement à des fins dissuasives¹³⁵. D'ailleurs, le reste du premier alinéa de l'article 1621 C.c.Q. ne peut que confirmer cela, puisqu'on y réfère expressément, cette fois, à la *fonction* dévolue à la peine privée québécoise.

En fait, comme c'est le cas dans l'arrêt *Vorvis*, nous croyons que c'est tout simplement pour faire contraste aux dommages-intérêts de nature compensatoire que le législateur québécois a donné à notre peine privée le nom de «dommages-intérêts punitifs». Autrement dit, l'adjectif «punitifs» n'est pas utilisé dans un sens étroit mais dans un sens large, pour souligner le caractère pénal de cette mesure coercitive¹³⁶. Ainsi, nonobstant le qualificatif retenu à l'article 1621 C.c.Q., la sanction pénale n'exerce pas une fonction punitive mais bien une fonction préventive, tel que le précise l'article en question. Sans doute que, aux yeux de nos élus, la distinction avec les dommages-intérêts compensatoires paraissait mieux circonscrite en parlant de «dommages-intérêts *puni-*

130. Par ex.: *Leroux c. Communauté urbaine de Montréal*, [1997] R.J.Q. 1970 (C.S.), 2002; *Théroux c. Lessard*, [1997] R.R.A. 258, p. 259 (C.Q.); *Lemieux c. Polyclinique St-Cyrille Inc.*, [1989] R.J.Q. 44. (C.A.).

131. Par ex.: Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^o 818, p. 651; C. DALLAIRE, *op. cit.*, note 4, p. 14 à 17.

132. Commentaires du ministre de la Justice, *op. cit.*, note 90, p. 1005. La L.A.R.C.C. (précitée, note 86) prévoit à son art. 423 «[qu'] en matière de droit des obligations *dommages exemplaires* correspond à *dommages-intérêts punitifs*». On reconnaît, ici, une équivalence entre ces deux expressions.

133. Art. 1621 C.c.Q.

134. *Supra*, 1.1.

135. *Contra*: D. GARDNER, *loc. cit.*, note 108, p. 203. L'auteur considère le premier alinéa de l'art. 1621 C.c.Q. comme une consolidation de la jurisprudence qui considère que la sanction pénale exerce une fonction punitive et dissuasive. Il appuie ses dires sur la mention des mots «punitifs» et «préventive» qu'il relie, le premier, à la punition et, le second, à la dissuasion.

136. Au sujet du sens étroit et du sens large, voir: *supra*, 1.1.

tifs» plutôt que de «dommages-intérêts *exemplaires*». Cela a toutefois l'inconvénient de jeter la confusion au sujet du rôle que doit jouer cette mesure coercitive¹³⁷. C'est pourquoi certains auteurs auraient préféré que le législateur retienne l'expression «dommages exemplaires», qui, selon eux, serait plus appropriée dans les circonstances¹³⁸. Pour notre part, nous préférons l'usage de «peine», «peine privée» ou «pénalité civile».

Premièrement, à quoi bon parler de «dommages exemplaires», alors qu'il ne s'agit pas d'accorder une compensation pour les *dommages* causés¹³⁹ et qu'il n'est même pas nécessaire qu'un *dommage* existe pour imposer une sanction pénale¹⁴⁰. Deuxièmement, en mettant l'accent sur l'aspect *exemplaire* de la peine, on semble donner priorité à la dissuasion générale au détriment de la dissuasion spécifique. Or, il peut être incorrect de donner systématiquement préséance à l'intimidation générale¹⁴¹. Troisièmement, il ne faut pas confondre la «peine dissuasive» et la «peine exemplaire», celle-ci, parce que parfois trop sévère, a pour effet d'annuler les bienfaits escomptés de l'exemplarité¹⁴². Aussi, sans doute, vaudrait-il mieux parler de «dommages-intérêts dissuasifs» plutôt que de «dommages-intérêts exemplaires». Toutefois, là encore, l'expression «dommages dissuasifs» n'est pas totalement satisfaisante. En effet, une telle expression cache le fait que la sanction pénale n'est pas seulement un instrument de dissuasion envers le contrevenant et les tiers mais aussi un moyen de persuasion, etc.¹⁴³. Pour ces raisons, les notions de «peine privée» ou de «pénalité civile» nous paraissent donc plus appropriées¹⁴⁴. Mais, il y a plus.

La plupart des non-juristes (et ils sont majoritaires) ne différencient pas tellement bien les «dommages punitifs ou exemplaires»

137. Rappelons que la punition et la prévention appellent une démarche différente, voire opposée à l'occasion (*supra*, 1.4). Il fait donc étrange d'imposer des dommages-intérêts *punitifs* à des fins *préventives*.

138. Par ex.: C. DALLAIRE, *op. cit.*, note 4, p. 17; P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 248 et 249.

139. J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 39, n° 254, p. 181; C. DALLAIRE, *op. cit.*, note 4, p. 16.

140. P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 346 et s. et *infra*, 5.1.

141. *Infra*, 4.2.2.

142. P. PONCELA, *loc. cit.*, note 17, p. 63.

143. *Infra*, 4.2.3 à 4.2.5.

144. «Pénalité civile» conviendrait sans doute mieux que «peine privée», bien que cette dernière expression soit d'utilisation plus courante en droit civil. En effet, de par sa généralité, le mot «peine» s'applique aussi bien à une mesure utilitaire que rétributive (*supra*, 1.1). Par contre, le terme «pénalité» est davantage lié à

res» des «dommages-intérêts compensatoires». Les premiers, pour une bonne partie de la population, ne sont qu'une forme particulière des seconds. Lorsqu'une personne est condamnée à mille dollars de dommages-intérêts et à cinq cents dollars de dommages punitifs ou exemplaires, plusieurs ne verront qu'une *indemnité* globale de mille cinq cents dollars accordée au demandeur pour les différents préjudices et inconvénients subis. Par contre, en condamnant le défendeur à mille dollars en dommages-intérêts et à cinq cents dollars à titre de peine ou de pénalité, il y a plus de chance que le contrevenant et les autres y voient une compensation de mille dollars accordée pour les dommages causés et une sanction monétaire de cinq cents dollars imposée pour d'autres fins que la réparation du préjudice subi.

3.1.3 *La gravité de la faute*

Le second alinéa de l'article 1621 C.c.Q. indique que le tribunal doit tenir compte de la «gravité de la faute» commise. La présence de cet élément, au sein de cet article, pourrait dénoter une préoccupation rétributive de la part du législateur. Sauf que, selon l'article en question, la prise en compte du degré d'inconduite intervient au stade de l'évaluation du quantum, donc après qu'il a été décidé d'imposer une peine. On peut donc soutenir que ce n'est qu'à cette étape que l'on pourrait éventuellement voir un aspect rétributif¹⁴⁵. Or, nos propos concernent l'étape qui précède la distribution de la sanction, en l'occurrence la justification de la mesure spéciale. Il demeure que même si, en théorie, la question de la justification diffère de celle de la distribution¹⁴⁶, en pratique, il n'existe pas toujours de nette distinction entre les critères d'octroi et ceux dits d'évaluation¹⁴⁷. C'est pourquoi, il nous semble opportun d'analyser plus avant l'élément «gravité de la faute».

(A) Lorsqu'il s'agit d'analyser la «gravité de la faute», il s'offre une alternative: ou bien, cela dénote chez nos élus une préoccupation rétributive; ou bien, cela est inspiré par un souci étranger à la rétribution. Pour choisir entre ces deux options, «un

l'utilitarisme. Or, à notre avis, c'est bien à ce dernier courant qu'il faut rattacher les dommages punitifs.

145. En effet, on pourrait envisager une position mixte où la justification de la sanction reposerait sur des considérations utilitaires, alors que la quantification se ferait à partir de principes rétributifs (*supra*, note 115).

146. Au sujet de la distinction entre la *fonction justificatrice* d'une sanction et la *distribution* de celle-ci, voir: *supra*, 2.2.

147. P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 503.

indice, sinon un critère, semble pouvoir être trouvé dans la détermination des personnes intéressées par la sanction. Y a-t-il nécessairement identité, ou au contraire dualité possible de l'auteur de la faute et du débiteur de la condamnation¹⁴⁸. En effet, un des principes fondamentaux en matière de rétribution est qu'il ne saurait être question de blâmer une personne en raison des actes posés par une autre personne¹⁴⁹. La punition est un reproche personnel dirigé contre celui qui la reçoit. À cause de la condamnation morale qui accompagne le prononcé de la peine, il est important de ne condamner que celui qui le mérite réellement. C'est pourquoi, seule la personne qui a commis une infraction peut être punie. Par contre, l'approche utilitaire peut s'accommoder de l'utilisation d'un tiers, si cela peut aider dans l'avenir. Notons cependant que ce tiers ne pourra être n'importe qui. Il faut qu'il existe une certaine logique dans le choix de la personne qui devra payer pour la faute d'un autre. Est-il possible d'infliger une condamnation exemplaire à une autre personne que celle qui a commis l'infraction? Oui, cela est parfois possible.

Premièrement, la loi permet d'imposer des dommages punitifs à un organisme public¹⁵⁰, à un vendeur¹⁵¹ ou à un commerçant¹⁵². Il faut bien que ceux-ci soient implicitement tenus à la peine, même si le défaut d'exécution résulte d'un préposé¹⁵³.

148. Marie-Eve ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 109.

149. Certains sont d'avis que ce principe fondamental ne s'appliquerait qu'aux peines d'emprisonnement et ne vaudrait pas pour les sanctions pécuniaires. Ils considèrent que ces dernières ne véhiculent pas un aspect de réprobation personnelle à l'encontre de celui à qui elles sont imposées. Pour eux, une condamnation monétaire ne peut qu'être dissuasive (*infra*, 4.3.5). De sorte, qu'il n'y aurait aucun problème à imposer une amende à une personne en raison de l'inconduite d'une autre. D'autres, au contraire, ne voient pas pourquoi la portée de ce principe fondamental serait dépendante de la configuration matérielle de la peine (Serge FROSSARD, «Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines», (1998) *Rev. sc. crim. et dr. pén. comp.* 702, p. 708.). Ils disent que, même avec un caractère monétaire, une amende criminelle ne se réduit pas à sa forme pécuniaire mais comprend aussi une dimension morale ou symbolique (*id.*, p. 711). Pour les fins de la discussion, nous présumerons qu'une peine civile monétaire pourrait comporter un aspect symbolique de rétribution. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question de l'utilisation d'une peine monétaire à des fins de réprobation (*infra*, 4.3.5).

150. Art. 167 L.A.D.O.P. (précitée, note 97).

151. Art. 56 de la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture* (L.R.Q., c. A-23.001) (ci-après: L.A.P.S.F.S.).

152. Art. 272 L.P.C. (précitée, note 98).

153. Précisons que cette prise en charge du paiement exemplaire ne résulte pas d'un principe quelconque de responsabilité pour autrui mais découle purement et

Autrement on réduirait considérablement l'application de la mesure exemplaire prévue dans la loi, puisque l'organisme public, le vendeur ou le commerçant fonctionnent généralement avec du personnel¹⁵⁴. Ainsi, il faut tenir que le commettant est parfois responsable du paiement de la peine en raison de l'inconduite de son préposé¹⁵⁵. S'il répugne aux rétributivistes de punir le premier pour la faute commise par le deuxième, l'utilitariste ne verra pas de problème à s'en prendre au patron, s'il est logique qu'il en soit ainsi. C'est le cas ici. Tout d'abord, c'est le commettant qui est le débiteur des obligations prévues dans les lois en cause¹⁵⁶. Par conséquent, il est en bonne position pour connaître les prestations auxquelles il est tenu et pour en garantir l'exécution. Ensuite, il est le mieux placé pour prendre les mesures appropriées auprès de ses salariés pour assurer l'exécution des obligations qui lui incombent. Enfin, il est fort possible que le commettant profite d'une façon ou d'une autre de la malhonnêteté de l'employé même s'il n'a rien fait de mal. Dans un tel cas, les dommages punitifs serviront, à tout le moins, à retirer le bénéfice obtenu illégalement.

Deuxièmement, le dernier alinéa de l'article 625 C.c.Q.¹⁵⁷ permet de soutenir qu'il est possible de s'adresser aux héritiers de l'auteur d'une atteinte intentionnelle à un droit de la personnalité¹⁵⁸. Il serait contraire à la philosophie rétributive d'imposer une punition aux héritiers en raison d'une inconduite commise par le défunt¹⁵⁹. Par contre, il ne répugne pas aux utilitaristes de s'en prendre à la succession du fautif. En effet, l'un des objectifs de la pénalité est de retirer le profit réalisé illégalement, afin de dissuader les tiers de suivre les traces du contrevenant. Or, si un tel

simplement de la loi (par analogie avec l'arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du trésor)* ([1987] 2 R.C.S. 84, p. 95 (j. La Forest)).

154. Notons qu'il ne s'agit pas d'étudier la responsabilité des personnes morales, une personne physique pouvant très bien être un vendeur ou un commerçant.
155. Pour l'instant, nous limitons nos propos aux seules dispositions où il apparaît certain que le commettant est responsable du paiement de la peine et ce, même si le défaut d'exécution est l'œuvre d'un préposé. Nous traiterons plus en détail de la distribution de la sanction pénale (Qui peut-on imposer? Avec quelle intensité?), lors d'un prochain texte.
156. Voir les lois citées aux numéros 150 à 152.
157. Voir aussi l'art. 1610, al. 2 C.c.Q.
158. Précisons que l'art. 625 C.c.Q. n'a pas pour but d'exclure de la succession les droits d'action ne résultant pas de l'atteinte à un droit de la personnalité mais de préciser que, même dans le cas d'une atteinte à un droit de la personnalité du défunt, les héritiers sont saisis du droit d'action qui en découle.
159. C'est la position adoptée par la C.R.D.O. (*op. cit.*, note 8, p. 59 et 60) qui, rappelle-le, préconise l'utilisation des dommages punitifs à des fins rétributives.

profit existe, il fait probablement partie des biens légués. Il y a donc une logique dans le fait de retirer aux représentants du défunt l'avantage obtenu par ce dernier en raison d'une contravention à une obligation¹⁶⁰. Ajoutons, toutefois, que ces derniers ne pourraient se plaindre d'une injustice que si le montant de la condamnation exemplaire dépassait la valeur des actifs illégaux encore en possession du contrevenant au moment de son décès. Or, sauf exception, les héritiers ne sont pas tenus des dettes de la succession sur leur patrimoine propre¹⁶¹.

Il y a donc, à l'occasion, une dualité entre l'auteur de la faute et le débiteur de la condamnation exemplaire. Par conséquent, il faut en déduire que la référence à l'élément «gravité de la faute» est inspirée par une préoccupation étrangère à la punition. Il est vrai que ce ne sont pas toutes les dispositions en matière de dommages punitifs qui autorisent le tribunal à imposer une peine à un tiers non fautif. Il demeure que l'objectif est d'établir une application générale de l'article 1621 C.c.Q. Il faut donc que l'interprétation retenue puisse avoir vocation à s'appliquer à l'ensemble des dispositions prévoyant l'octroi d'une sanction pénale. À cet égard, la punition ne rencontre pas le test d'universalité. Mais alors, qu'est-ce qui a motivé le législateur à exiger la prise en compte du degré d'inconduite? Plusieurs explications peuvent être avancées, explications qui ne sont aucunement liées au rétributivisme¹⁶².

En premier lieu, cela permet d'empêcher le passage des fautes moins graves à d'autres plus graves. En effet, si le risque couru était le même, quelle que soit la gravité de la faute, le contrevenant aurait plus d'intérêt à risquer l'acte plus grave si celui-ci avait des chances d'être plus profitable qu'un acte moins grave.

160. *Contra*: P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 244. Cette auteure énonce que le décès du fautif devrait rendre irrecevable la réclamation exemplaire, la dissuasion devenant dès lors inutile. Il faut dire que M^{me} Roy donne sa préférence à la dissuasion spécifique plutôt qu'à la dissuasion générale. Dans la cause *Leroux c. Communauté urbaine de Montréal* (précitée, note 130), le tribunal a condamné la liquidatrice de la succession. Dans la cause *Quane c. Lagrange* ([1999] R.R.A. 307 (C.S.)), le tribunal a refusé d'imposer des dommages exemplaires contre une succession, mais en raison de la carence d'actifs. On peut penser qu'une succession solvable aurait pu faire l'objet d'une sanction pénale.

161. Voir l'art. 779 C.c.Q.

162. En dehors des dommages exemplaires, il arrive que l'étendue d'un autre recours civil varie en fonction de la gravité de la faute. Dans tous ces autres cas, la prise en compte du degré d'inconduite est rarement inspirée par un souci de rétribution à l'encontre de certaines fautes (P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 333 et 334).

Disons-le franchement, il se trouvera toujours des gens prêts à manquer à leurs obligations. On ne peut alors que tenter de les inciter à préférer le délit le moins grave possible en sanctionnant plus sévèrement les fautes les plus graves¹⁶³.

En deuxième lieu, si l'on veut que la peine soit efficace¹⁶⁴, il faut non seulement retirer au contrevenant l'avantage illicite obtenu mais aussi y ajouter un montant supplémentaire afin d'obtenir un réel impact de dissuasion. En effet, le retrait du bénéfice illégal ne fait que remettre le débiteur dans une position financière neutre. Si l'on devait en rester là, la menace ne serait pas dissuasive car le contrevenant potentiel se dirait ceci: qu'au pire (poursuite judiciaire par le débiteur; preuve de la totalité du profit illicitement gagné; etc.), l'aventure ne lui procurera ni gain ni perte; qu'au mieux, il lui restera une partie du bénéfice illicite. Il faut cependant reconnaître qu'on ne peut scientifiquement établir la mesure exacte de ce supplément, les chercheurs étant incapables de mesurer avec précision le taux requis en regard de chaque situation. Il en est de même, lorsque l'infraction ne rapporte au contrevenant aucun avantage appréciable en argent. Dans un tel cas, il n'est pas plus facile d'évaluer avec précision le montant de la condamnation exemplaire. En effet, là non plus les scientifiques ne peuvent établir des barèmes qui soient exacts pour chaque infraction que l'on voudrait décourager.

L'évaluation de la sanction à partir du seul critère de l'efficacité, c'est-à-dire à partir de la propension du délinquant à récidiver, conduit directement à la plus totale spéculation, chacun pouvant y aller de sa propre analyse pseudo-scientifique. C'est pourquoi, tout compte fait, il est préférable de relier la sévérité de la peine à la gravité connue d'une faute plutôt qu'au risque anticipé d'une prochaine inexécution. En agissant de la sorte, on fait d'une pierre deux coups sinon trois. Tout d'abord, cela permet de faire varier l'étendue du supplément requis sans que cela n'apparaisse comme un mécanisme d'évaluation trop arbitraire. La méthode proposée à l'article 1621 C.c.Q. est certainement plus acceptable pour la population, qui y verra une plus grande sécurité juridique, donc une plus grande justice. Ensuite, il est plus réaliste de demander aux tribunaux de rendre la meilleure justice

163. Maurice CUSSON, *Pourquoi Punir?*, coll. «Criminologie et droits de l'homme», Paris, Dalloz, 1987, p. 120.

164. C.-à-d. qu'elle empêche la récidive.

possible sur la base de ce qui est connu que sur ce qui est simplement anticipé. Autrement, ce serait leur demander de délaissier une mission qu'ils peuvent rendre convenablement au profit d'une chimère¹⁶⁵. Enfin, cela permet de contrecarrer une application simpliste du calcul utilitaire et qui a été maintes fois dénoncée dans le passé: «si doubler la peine produit une mesure supplémentaire de dissuasion, la tripler aura des effets encore meilleurs»¹⁶⁶. Ainsi, en appréciant le quantum de la peine à partir de la gravité de la faute, on prévient une telle application qui, autrement, aurait pu être possible.

En troisième lieu, la pratique nous enseigne que les magistrats doivent régulièrement se contenter d'une analyse superficielle, à défaut d'une preuve adéquate quant à l'ampleur du problème dans le milieu où a eu lieu le défaut d'exécution. De même, il n'est pas courant que le demandeur fasse témoigner le défendeur sur sa situation patrimoniale ou sur ses antécédents. C'est pourquoi, sans doute, est-il apparu opportun au législateur d'indiquer expressément que les juges peuvent jauger la sévérité de la peine en tenant compte de la gravité de la faute, à défaut de pouvoir faire mieux. Il s'agit là d'un élément dont la preuve est relativement simple et peu coûteuse à faire.

En quatrième lieu, l'imposition d'une sanction à des fins utilitaires mais, par ailleurs, quantifiée strictement dans cette optique, sans égard au degré d'inconduite, pourrait être considérée comme une injustice par la population. Tout d'abord, il y aurait une certaine iniquité à traiter pareillement deux fautes alors que celles-ci n'ont pas la même gravité. On pourrait difficilement justifier qu'un tribunal accorde un traitement semblable à deux personnes au passé distinct. Nous pensons que la population est plus favorable à l'idée d'appréhender différemment deux fautes n'ayant pas la même gravité. Ensuite, on pourrait se retrouver dans la situation où une infraction moins grave amènerait une sanction plus élevée qu'une infraction plus grave si, dans le premier cas, le risque de récidive était jugé plus élevé que dans le second. Enfin, l'utilisation d'un bouc émissaire, qui paierait pour tous ces autres qui n'ont pas été poursuivis, pourrait amener les gens à considérer le contrevenant, à son tour, comme une victime

165. M. CUSSON, *op. cit.*, note 163, p. 152.

166. Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, *op. cit.*, note 62, p. 143.

du système judiciaire¹⁶⁷. On voit bien ici se dessiner la différence entre la «peine dissuasive» et la «peine exemplaire», celle-ci, parce que parfois trop forte en regard du degré d'inconduite a pour effet en retour d'annuler les bienfaits escomptés de l'exemplarité¹⁶⁸. Ainsi, la modulation de la peine en fonction de la gravité de la faute permet d'obtenir un effet dissuasif tout en réduisant les disparités dans la sévérité et tout en demeurant juste à l'égard du contrevenant.

(B) Selon les principes rétributivistes, le mal infligé doit correspondre exactement au mal commis, sans plus et sans moins. Il est donc fondamental que la condamnation soit *proportionnelle* à la gravité de la faute¹⁶⁹, car ce n'est que dans ce cas que le public peut être convaincu que le contrevenant *méritait* la punition qui lui a été infligée¹⁷⁰. En matière d'utilité, la modulation du quantum en fonction du degré d'inconduite répond à des justifications différentes. C'est pourquoi le rapport établi entre la gravité de la faute et la sévérité de la pénalité n'en est pas un de stricte proportionnalité comme dans le cas de la punition¹⁷¹. En comparant la formulation de l'article 1621 C.c.Q. avec celle des articles 1478 C.c.Q. et 718.1 C. cr., on constate que le premier ne véhicule pas un

167. La détermination de la sévérité de la peine à partir de considérations purement utilitaires pourrait amener à sanctionner très durement quelqu'un même si sa faute n'est pas des plus graves. Par exemple, en présence d'une vague de manquements à une obligation prévue dans la L.P.C. (précitée, note 98) on pourrait assister à une condamnation importante et exemplaire contre le commerçant qui, par malchance, a été poursuivi par un consommateur. En effet, l'utilitariste pur et dur dira qu'il est utile, dans les circonstances, de sanctionner le contrevenant très sévèrement, peu importe la gravité de la faute commise.

168. P. PONCELA, *loc. cit.*, note 17, p. 63. Voir aussi: Jacques VÉRIN, «Prévention générale: l'effet d'éducation morale et les risques de contre-éducation», (1997) *Rev. sc. crim. et dr. pén. comp.* 642, p. 646.

169. C.R.D.O., *op. cit.*, note 8, p. 47; P. PONCELA, *loc. cit.*, note 17, p. 65. Le principe de proportionnalité découle directement du concept de rétribution (M. CUSSON, *op. cit.*, note 163, p. 87 et 88).

170. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 533 (J. Wilson). Voir aussi *R. c. M. (C.A.)*, précité, note 21, p. 529 et 530.

171. Nous avons déjà écrit que la peine doit être proportionnelle à la gravité de la faute (P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 323). Nos recherches sur le rôle des dommages punitifs nous obligent à reconsidérer ce que nous avons dit. Bien que l'importance de l'inconduite influe sur la modulation du quantum, celui-ci n'est pas *proportionnel* à la gravité de la faute. Certes, une faute plus grave pourra amener une peine plus forte. Cependant, tenir compte du comportement fautif au niveau du quantum n'implique pas forcément que celui-ci soit proportionnel à celui-là. D'autant plus que le tribunal tiendra compte également de «toutes les circonstances appropriées» pour déterminer l'ampleur de la condamnation (art. 1621, al. 2 C.c.Q.). Il devient donc irréaliste de soutenir que les dommages punitifs sont véritablement proportionnels à la gravité de la faute.

principe de proportionnalité. En effet, l'article 1621 C.c.Q. n'exige pas que la peine soit *proportionnelle* à la gravité de la faute. Tout ce que cette disposition sous-tend c'est que des fautes de gravités différentes soient traitées de façon différente et que des fautes de même gravité soient traitées de façon équivalente. Il faut cependant préciser que cette équivalence n'implique pas des résultats semblables mais un processus semblable¹⁷². Or, il en va tout autrement lorsque le tribunal applique un principe de proportionnalité où, pour satisfaire aux exigences de ce principe, il faut favoriser l'harmonisation des peines, c'est-à-dire infliger des peines semblables pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables¹⁷³. En somme, l'article 1621 C.c.Q. n'exige qu'un processus semblable alors que le rétributivisme requiert un résultat semblable.

Par ailleurs, les intitulés en marge des articles 718.1 et 718.2 C. cr. nous apprennent que dans l'évaluation du quantum le principe fondamental est celui de la proportionnalité, les autres facteurs ne présentant qu'un caractère secondaire¹⁷⁴. Or, à l'article 1621 C.c.Q., la «gravité de la faute» n'est pas érigée en critère fondamental. En effet, il y est dit que le tribunal doit tenir compte «de toutes les circonstances appropriées», le degré d'inconduite n'apparaissant qu'être un élément parmi d'autres. Bien plus, le rapport entre la gravité de la faute et l'appréciation du quantum n'est pas nécessaire en matière de pénalité, puisque les critères d'évaluation sont plutôt choisis de façon à assurer l'efficacité de la sanction et la réalisation de son objectif¹⁷⁵. Comme la loi fixe parfois le montant de la condamnation exemplaire sans égard au degré d'inconduite¹⁷⁶, on doit en conclure qu'il n'est pas de l'essence des dommages punitifs d'être quantifiés en fonction du

172. *Supra*, 2.2.

173. *Markovic c. R.*, [1998] R.J.Q. 399 (C.A.), p. 404.

174. David P. COLE, «Bill C-41: An Overview and Some Introductory Thoughts», dans *La détermination de la peine: une réforme pour hier ou pour demain*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, 59, p. 63.

175. M.-È. ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, note 148, p. 57.

176. Voir, par exemple, l'art. 31 de la *Loi sur les décrets de convention collective* (L.R.Q., c. D-2), qui fixe le montant des dommages punitifs à trois mois de salaire. Pour un autre exemple, voir l'art. 48 de la *Loi sur Hydro-Québec* (L.R.Q., c. H-5) et l'art. 26 de la *Loi concernant la compagnie royale d'électricité* (chap. 66 des lois de 1897-1898). La sanction civile qui y est prévue constitue des dommages punitifs au sens de l'article 1621 C.c.Q. (voir: *Hydro-Québec c. Roy*, J.E. 98-1837 (C.Q.); *Hydro-Québec c. Moteurs Electriques Dupras inc.*, [1999] R.J.Q. 228, p. 236). La pénalité est fixée à cent dollars, plus quatre dollars par jour tant que dure le défaut, plus trois fois le préjudice subi par Hydro-Québec.

degré d'inconduite. Or, cela est fondamental en matière de rétribution.

(C) Certains pourraient voir l'article 1621 C.c.Q. comme s'inscrivant dans le nouveau courant de pensée, qui amalgame «l'utile et le juste», où on y prône que les sanctions pénales doivent être justifiées à partir de considérations utilitaires mais que, par ailleurs, il faut «s'appuyer sur des principes de justice pour résoudre la question de l'allocation de la sanction»¹⁷⁷. Si cela devait s'avérer être le cas, ce sur quoi nous ne nous prononçons pas, il faudrait faire attention à deux choses. Tout d'abord, le but des dommages punitifs étant de prévenir la récidive du contrevenant, le «juste» ne devrait pas être faible au point où il perdrait toute efficacité. Si ce qui est efficace doit être juste, il faut aussi que ce qui est juste soit efficace. Ensuite, et c'est là un point important, il ne faudrait pas que le «juste» se transforme en «juste mérité» (*just desert*). Voyons ce dernier point un peu plus en détail.

C'est sous le couvert du «juste» que l'idée de rétribution est redevenue progressivement l'objectif essentiel des peines criminelles en droit nord-américain depuis une vingtaine d'années¹⁷⁸. Pour arriver à cela, on justifie, au départ, la condamnation à partir de considérations utilitaires. Cependant, on affirme que, pour être «juste», une peine doit être *méritée*¹⁷⁹, c'est-à-dire imposée uniquement à celui qui le mérite et qu'en proportion de sa faute. Ainsi, on ne s'en prend pas à la personne la plus susceptible de prévenir la récidive et on ne mesure pas la sanction à partir du risque de récidive. Cette façon d'opérer conduit, en fin de compte, à substituer une logique de rétribution à une logique utilitaire au niveau de la justification de la sanction¹⁸⁰. De sorte que la dissuasion qui, au départ, est censée justifier l'imposition d'une sanction n'apparaît plus, en bout de ligne, que comme un aspect secondaire ou inhérent à cette imposition.

177. Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, *op. cit.*, note 62, p. 143. Voir, aussi, Jean PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Coll. «Que sais-je», Paris, P.U.F., 1989, p. 97. Soulignons qu'en droit pénal on parle de plus en plus d'une «justice des sentences», en proposant que la principale qualité d'une sanction est d'être juste (H. DUMONT, *op. cit.*, note 43, p. 102).

178. R. GASSIN, *op. cit.*, note 80, n° 717, p. 538.

179. C'est pourquoi, l'on parle davantage du «juste mérité» pour qualifier ce nouveau rétributivisme (H. DUMONT, *op. cit.*, note 43, p. 129).

180. M. van de KERCHOVE, *op. cit.*, note 28, p. 466.

À notre avis, il faut écarter le concept du «juste mérite» en matière de dommages punitifs et ce, pour trois raisons. En premier lieu, on l'a vu, il peut arriver que l'employeur soit condamné à des dommages punitifs même si le défaut d'exécution résulte de son employé. On peut difficilement dire de la peine privée qu'elle n'est imposée qu'à celui qui le mérite. En deuxième lieu, en droit pénal français, la doctrine soutient que «cette restauration de l'idée rétributive ne paraît pas, en l'état actuel des idées, avoir pénétré la pensée pénale, [...] [l]a politique criminelle officielle [demeurant] toujours axée principalement autour des idées utilitaristes»¹⁸¹. À l'appui de cette affirmation, on indique que le nouveau Code pénal français ne fait «aucune référence à l'idée de proportionnalité dans les directives qu'il donne au juge pour la détermination concrète de la peine»¹⁸². En effet, l'article 132-24 du Code pénal français stipule que:

[L]a juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction.

Puisque les «circonstances de l'infraction» comprennent, entre autres, la gravité de la faute, le juge en tient donc compte dans son évaluation de la sanction. Cependant, à l'instar de l'article 1621 C.c.Q., l'appréciation de la peine n'est pas *proportionnelle* au degré d'inconduite, celui-ci n'étant qu'un élément parmi d'autres. Par analogie, il est possible de soutenir que la politique officielle en matière de dommages punitifs est axée autour des idées utilitaristes. En troisième lieu, ce n'est pas seulement la gravité de l'infraction qui conditionne la sévérité d'une mesure rétributive. En effet, de nos jours, la punition est également jaugée en fonction d'un autre facteur: le degré de culpabilité morale¹⁸³. Or, il est loin d'être certain que la faute civile comporte un aspect de culpabilité morale¹⁸⁴. Il manque donc un élément important pour faire remplir adéquatement une mission punitive aux dommages exemplaires. Quant à la gravité d'une infraction, elle se détermine par une comparaison des taux maximums éta-

181. R. GASSIN, *op. cit.*, note 80, n° 717, p. 538.

182. *Id.*, p. 538 et 539. Voir aussi: Pierrette PONCELA, «Dispositions générales», (1993) *Rev. sc. crim. et dr. pén. comp.* 455, p. 467.

183. Voir l'art. 718.1 C.cr., qui stipule que «la peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant».

184. *Infra*, 3.2.2.

blis pour chacune des infractions à l'intérieur de la loi pénale. Or, sauf quelques exceptions, la loi civile ne fixe aucun barème en matière de dommages exemplaires.

3.2 D'autres arguments pour écarter le rétributivisme

3.2.1 *Les dommages punitifs ne sont pas destinés à sanctionner la mauvaise foi en elle-même*

Le Code civil demande à toutes les parties, tant au débiteur qu'au créancier, d'agir de bonne foi¹⁸⁵. Les dommages punitifs ne viendraient-ils pas sanctionner la mauvaise foi contractuelle ou extracontractuelle? Si c'était le cas, on serait probablement en présence d'une punition. En effet, la peine serait justifiée en raison de considérations passées. C'est que la mauvaise foi ne serait pas seulement une simple condition d'ouverture ou un prétexte à l'imposition du redressement exemplaire; elle en serait la raison d'être, puisqu'elle serait sanctionnée en elle-même et pour elle-même.

Tout d'abord, il faut dire que le législateur a l'habitude de le dire expressément lorsqu'il entend sanctionner spécialement la mauvaise foi¹⁸⁶. Il n'y a pas de raison pour que la même habitude ne s'applique pas en matière de dommages punitifs. On devrait donc voir apparaître une référence à la mauvaise foi, dans chacune des dispositions où l'on prévoit la possibilité d'imposer des dommages punitifs. Or, ce n'est pas le cas. En fait, il n'y a que l'article 1968 C.c.Q. qui énonce la nécessité d'un tel comportement pour donner ouverture à la peine privée. Chose particulière, dans ses commentaires le ministre indique que la mesure exemplaire « *vise à décourager les locateurs de procéder de mauvaise foi à une éviction*»¹⁸⁷. Ainsi, même dans ce cas précis, les dommages punitifs ont pour objectif de dissuader et non de punir la mauvaise foi. Cette dernière n'a pas, ici, le caractère d'une raison d'être mais constitue plutôt une limitation face à la possibilité de recourir à la mesure exemplaire¹⁸⁸, en ce sens que le locataire devra établir,

185. Voir les art. 6, 7 et 1375 C.c.Q. La bonne foi est même présumée (art. 2805 C.c.Q.).

186. Voir, par ex., les art. 383, 621(2), 1397, 1495, 1701, 2411 C.c.Q. Mentionnons que la même conclusion vaut, lorsque le législateur entend sanctionner un comportement gravement répréhensible. Voir, par ex., les art. 621(1) et 1836 C.c.Q.

187. Commentaires du ministre de la Justice, *op. cit.*, note 90, p. 1237.

188. Il n'est pas exceptionnel que le législateur fixe des conditions particulières à l'ouverture d'un recours civil. Par exemple, la résolution du contrat ne pourra intervenir que si le défaut du débiteur est important (art. 1604, al. 2 C.c.Q.).

outre les autres conditions d'ouverture¹⁸⁹, la mauvaise foi du propriétaire.

Ensuite, si la mauvaise foi constituait le *rationale* de la peine, elle serait implicitement incluse dans chacune des dispositions législatives où l'on prévoit la possibilité de recourir à la mesure exemplaire. Or, la jurisprudence énonce qu'il n'y pas lieu d'exiger une preuve de mauvaise foi, lorsque la loi ne l'indique pas¹⁹⁰. La mauvaise foi ne saurait donc être envisagée comme le fondement général de la peine privée, puisqu'elle n'est essentielle que lorsque la loi le stipule. Il est vrai que la bonne foi constitue généralement un obstacle à l'encontre d'une réclamation exemplaire. On pourrait donc en tirer une conclusion à l'effet que c'est la mauvaise foi qui compte. Il ne faut pas oublier que la bonne foi et la mauvaise foi ne sont pas séparées uniquement par une mince ligne. Entre les deux, il y a tout un éventail de comportements fautifs qui, d'un côté, ne permettent pas de qualifier le débiteur de mauvaise foi mais qui, de l'autre côté, sont suffisamment graves pour repousser la présomption prévue à l'article 2805 C.c.Q.¹⁹¹.

Enfin, il faut indiquer que les dommages punitifs ne sont pas généralisés à l'ensemble des rapports juridiques. L'article 1621 C.c.Q. nous rappelle qu'il n'y a que certaines obligations qui peuvent faire l'objet d'une sanction exemplaire en cas d'inexécution. Si c'était la mauvaise foi qui devait être le fondement au redressement exemplaire, il n'y aurait pas lieu de restreindre cette mesure à quelques obligations seulement. L'intention de nuire¹⁹² demeurerait blâmable quelle que soit la règle de conduite en cause. En tout cas, c'est ainsi que l'on raisonne chez nos voisins. On dit, là-bas, que c'est la conduite répréhensible du contrevenant qui fait en sorte que des dommages punitifs sont mérités et non l'obligation en cause. C'est pourquoi, on conclut qu'en excluant certaines catégories juridiques on se départirait de ce principe sous-jacent à la sanction spéciale¹⁹³. Or, contrairement à la com-

189. *Infra*, 5.

190. Au sujet de l'art. 272 L.P.C. (précitée, note 98), voir: *Lambert c. Minerve Canada, compagnie de transport aérien inc.*, [1998] R.J.Q. 1740 (C.A.), p. 1751 (j. Baudouin): «selon la jurisprudence maintenant bien établie, il n'est pas nécessaire pour obtenir ces dommages que le consommateur prouve la mauvaise foi [...] du débiteur».

191. *Infra*, 5.4.

192. La mauvaise foi se définit comme l'intention de nuire à autrui (Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, p. 367).

193. *Vorvis*, précité, note 19, p. 1108.

mon law, notre sanction pénale n'a pas vocation à s'appliquer à l'ensemble des obligations civiles. Aussi, faut-il croire que le principe sous-jacent à la peine privée n'est pas la mauvaise foi qui mériterait d'être rétribuée.

3.2.2 Les dommages punitifs ne sont pas destinés à punir l'immoralité

On a souvent établi des liens entre la morale et le droit. Il faut cependant souligner que l'influence de la première s'est fait sentir principalement au niveau criminel et beaucoup moins en droit civil. Et même là, les criminologues constatent que la liaison entre la morale et le droit pénal «ne peut plus être admise aussi facilement aujourd'hui où nos sociétés occidentales post-industrielles, se caractérisent essentiellement, sur le plan culturel, par le *pluralisme de leur système de valeurs socio-morales*, voire même par leur *antagonisme*»¹⁹⁴. La même conclusion devrait prévaloir en droit civil.

De fait, la règle civile «n'est pas la traduction pure et simple de la règle morale»¹⁹⁵. Et, même lorsqu'il y a correspondance exacte entre une obligation morale et une obligation civile, il ne s'agit pas d'une fusion mais d'une superposition qui laisse intacte la question de leur spécificité et de leur autonomie¹⁹⁶. De même, bien qu'elles puissent parfois coïncider, la faute civile et la faute morale obéissent à des impératifs distincts¹⁹⁷. Elles se différencient en ce que la première n'est sanctionnée qu'en fonction de ses conséquences (inexécution de l'obligation ou préjudice¹⁹⁸), alors que la deuxième est sanctionnée indépendamment de ses conséquences¹⁹⁹. En effet, en droit civil, c'est d'abord le résultat, jugé néfaste, qui donne ouverture aux différents recours ouverts au créancier. C'est pourquoi une faute existe peut-être, mais peu importe elle ne sera pas prise en compte en l'absence de toute conséquence²⁰⁰. Il en va autrement avec la faute morale, qui,

194. R. GASSIN, *op. cit.*, note 80, n° 686, p. 507 (les italiques sont dans le texte).

195. Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, p. 199.

196. M. van de KERCHOVE, *op. cit.*, note 28, p. 441. Cette spécificité tient à la source de la règle et à son effet (*id.*, p. 441 et 442).

197. Antoine PIROVANO, *Faute civile et faute pénale*, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 99 et s.

198. Au sujet de la faute et de ses conséquences, voir *infra*, 5.3.1.

199. R.O. DALCQ, «Propos sur la responsabilité civile», (1989) 22 *R.I.E.J.* 39, 43.

200. *Ibid.*

même en l'absence de toute conséquence, recevra la sanction que le groupe, auquel appartient le contrevenant, réserve aux comportements fautifs que leur morale réproouve.

Quoi qu'il en soit, les relations avec la morale sont beaucoup plus discrètes avec le nouveau Code civil, lequel adopte un ton moralement plus neutre que l'ancien Code. À cet égard, il n'y a qu'à comparer les articles 8 et 9 C.c.Q. avec l'ancien article 13 C.c.B.-C. Tout en maintenant la référence à «l'ordre public» on a éliminé la mention relative aux «bonnes moeurs». On peut également signaler le deuxième alinéa de l'article 1457 C.c.Q., où la personne «douée de raison» a remplacé celle «capable de discerner le bien du mal»²⁰¹. Là encore, on constate que la nouvelle disposition paraît moralement plus neutre. Certes, le débiteur a le «devoir» de respecter les règles de conduite extracontractuelles et le «devoir» d'honorer les engagements contractés²⁰². Comme les moralistes traditionnels prétendent indiquer à l'agent «ce qu'il doit faire», à savoir «faire son devoir»²⁰³, on pourrait voir là l'importation d'une approche morale dans le domaine juridique²⁰⁴. Sauf que les articles en cause²⁰⁵ interviennent avant l'inexécution et s'adressent au débiteur. Lorsqu'on se situe du côté du créancier, nos élus adoptent une position plus objective: il a le «droit» d'exiger que l'obligation soit exécutée «entièrement, correctement et sans retard»²⁰⁶. De plus, dans le cadre des mesures ouvertes en cas d'inexécution, la loi utilise des expressions plus neutres comme, par exemple, «sans justification»²⁰⁷ et «défaut»²⁰⁸. Il semble donc que le législateur fasse appel au sens moral du débiteur²⁰⁹

201. Art. 1053 C.c.B.-C. Rappelons que les rétributivistes postulent que les individus ont la liberté de choisir entre *le bien et le mal* et que la peine sanctionne celui qui a choisi le mal plutôt que le bien (*supra*, 1.2). Les utilitaristes, quant à eux, s'appuient sur la faculté de *raisonner* par association d'idées, pour avancer qu'il est possible d'associer les idées d'infraction et de peine (*supra*, 1.3). Ne serait-ce pas un signe que le droit actuel est plus utilitaire que rétributif, vu que la personne «douée de raison» remplace celle «capable de discerner le bien du mal»?

202. Art. 1457, al. 1 et 1458, al. 1 C.c.Q.

203. Roger DAVAL, *Logique de l'action individuelle*, Paris, P.U.F., 1981, p. 61.

204. Pour donner une coloration plus neutre, le législateur aurait pu dire, par exemple, que toute personne *est tenue* d'exécuter les règles de conduite qui s'imposent à elle en raison de la loi ou des circonstances (art. 1457, al. 1 C.c.Q.) et *est tenue* d'exécuter les engagements contractés (art. 1458, al. 1 C.c.Q.).

205. *Supra*, note 202.

206. Art. 1590, al. 1 C.c.Q.

207. Art. 1590, al. 2 C.c.Q.

208. Art. 1607 C.c.Q.

209. En présumant, évidemment, que le mot «devoir» comporte une connotation morale, ce qui n'est pas du tout certain.

pour l'amener à s'exécuter, mais que la situation est appréhendée plus objectivement une fois l'obligation violée²¹⁰. Or, les sanctions civiles, y compris les dommages punitifs, interviennent à cette seconde étape.

Pour certains juristes français, la faute civile comporte nécessairement un élément subjectif blâmable alors que, pour d'autres, la culpabilité morale de l'agent n'est pas une composante de la faute civile²¹¹. Les premiers donnent à cette dernière une connotation morale et croient que son auteur mérite un blâme. Les deuxièmes enseignent que c'est une erreur de penser cela²¹². Chez nous, à la différence du droit français, le législateur pose la faculté de raisonnement comme une condition distincte de la faute²¹³. S'il est un élément qui doit être lié à la culpabilité morale c'est bien la capacité de discerner le bien du mal²¹⁴. Ainsi, au Québec, la culpabilité morale de l'agent est un élément indépendant de la notion de faute²¹⁵. Cela nous amène à rejeter l'idée de considérer la peine privée comme une sanction aux comportements moralement répréhensibles. En effet, puisque la faculté de raisonnement est une condition autonome, elle devrait être mentionnée

-
210. Rappelons que les art. 1590, al. 2 et 1607 C.c.Q. interviennent au stade de l'inexécution de l'obligation.
211. Sur cette question, voir: Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1998, n^o 444, p. 323 à 326. Soulignons que dans la première édition (datée de 1982), ce n^o 444 était intitulé «La controverse sur le rôle de la culpabilité», alors que dans la deuxième édition le titre est «La controverse sur le rôle et la place de l'imputabilité» (nos italiques).
212. En ce sens: André TUNC, «Responsabilité civile (en général)», dans *Dalloz – Encyclopédie juridique*, 2^e éd., au numéro 74. C'est, semble-t-il, la position dominante actuellement (G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, note 211).
213. J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 39, n^o 80, p. 59. Comp. l'art. 1382 du Code civil français avec l'art. 1457, al. 2 C.c.Q.
214. Dans ses commentaires, le ministre de la justice laisse entendre que l'expression «douée de raison» est la reprise des termes «capable de discerner le bien du mal» mais sous une formulation différente (Commentaire du ministre de la Justice, *op. cit.*, note 90, p. 886 et 887). Il est toutefois possible d'argumenter que le changement est plus qu'une simple modernisation de mots, puisque la nouvelle expression évacue, à première vue, toute connotation morale. Pour les fins de la discussion, nous présumerons que les deux expressions sont équivalentes.
215. Il faut dire cependant que d'autres dispositions, tel l'art. 1462 C.c.Q., laissent entendre que la faculté de discernement et la faute sont étroitement liées. Pour assurer la concordance avec le deuxième alinéa de l'art. 1457 C.c.Q., peut-être faudrait-il comprendre l'art. 1462 C.c.Q. comme suit: on ne peut être responsable du préjudice causé à autrui par une personne non douée de raison que dans le cas où cette personne aurait été tenue de réparer ce préjudice (art. 1457, al. 2 C.c.Q.) n'eût été l'absence de faculté de discernement.

dans chacune des dispositions où l'on prévoit la sanction exemplaire²¹⁶. Or, ce n'est pas le cas. Aussi faut-il croire que les dommages punitifs ne sont pas reliés à la faculté de discerner le bien du mal ce qui devrait exclure la possibilité de sanctionner la culpabilité morale de l'agent fautif. On nous argumentera peut-être que ces mêmes dispositions ne prévoient pas, non plus, l'exigence d'une faute ce qui, pourtant, est nécessaire à l'imposition d'une peine. Ce serait oublier que l'article 1590 C.c.Q. pose, comme condition générale, une inexécution injustifiée de l'obligation, c'est-à-dire une inexécution fautive²¹⁷. Or, la peine privée est soumise à cette condition générale, puisqu'elle constitue l'un des moyens ouverts au créancier en cas d'inexécution²¹⁸.

Quoi qu'il en soit, si on permettait aux dommages exemplaires de punir l'immoralité, il faudrait se demander à partir de quand une situation devient immorale. Déterminer le seuil à partir duquel une punition devient méritée pose un sérieux problème²¹⁹. À supposer que l'on puisse reconnaître unanimement le caractère blâmable de certains comportements, il en va autrement pour d'autres²²⁰. Notre société est marquée par le pluralisme des valeurs et des croyances (même au sein de la magistrature). La morale chrétienne n'est plus en mesure de faire consensus. Pour éviter d'avoir à s'en remettre à la conscience individuelle de chacun des juges, à la teneur aussi variable que les opinions personnelles²²¹, mieux vaudrait laisser au législateur le soin d'indiquer ce qui constitue une faute morale. Il faudrait donc que la loi indique précisément et avec détail les conditions minimales requi-

216. Ou encore que la faculté de discernement soit inscrite dans une disposition de portée générale, tel l'art. 1621 C.c.Q.

217. Jean PINEAU, Danièle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, n^o 453, p. 660.

218. Art. 1590(3) C.c.Q. À ce sujet, voir: P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 316 à 319.

219. Le comportement fautif qui donnerait ouverture à une punition serait une question fondamentale car il en constituerait la raison d'être. L'inconduite devrait être telle qu'elle *mérite* d'être sanctionnée. Il s'agirait là d'une appréciation basée sur la morale.

220. Par exemple, la faute lourde est-elle moralement blâmable?

221. Voir le commentaire suivant sur l'art. 1836 C.c.Q. à propos de la définition d'un *comportement gravement répréhensible*: «Malheureusement, le nouveau code se montre encore ici très nébuleux pour définir cette ingratitude. Au lieu d'établir une liste bien nette, il se contente d'un comportement qualifié de «gravement répréhensible, eu égard [...] aux circonstances.» C'est s'en remettre au sens commun des juges, à la teneur aussi variable que les opinions personnelles» (Denis VINCELETTE, «La donation dans la réforme du Code civil (art. 1806 à 1841 C.c.Q.)», dans *La réforme du Code civil*, Tome I, Collectif, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, n^o 69, p. 455.

ses pour donner ouverture à l'imposition d'une peine, indiquant ainsi le point de départ à partir duquel la situation est considérée comme immorale. Pourtant, l'examen des différentes dispositions où l'on retrouve une peine fait ressortir qu'il n'existe aucun consensus au sujet de ce qui pourrait constituer un acte immoral. Or, il s'agit là d'une question fondamentale en matière de rétributivisme. Par contre, pour l'utilitariste le choix des conditions d'ouverture est une question d'opportunité qui est souvent décidée en fonction de considérations politiques²²². Nos dispositions en matière de dommages punitifs semblent plus près de l'opportunisme politique que de la moralité.

Par ailleurs, une autre façon d'analyser la possibilité d'utiliser les dommages punitifs à des fins de répression de l'immoralité consisterait à se demander ce qui serait blâmable. Serait-ce le fait de violer certaines obligations particulières prédéterminées par le législateur? Dans ce cas, l'on devrait tenir que tout défaut d'exécution de ces obligations particulières, même à la suite d'une faute légère, serait blâmable. Ce n'est pas le cas actuellement. On peut donc douter que l'immoralité résulterait de la violation de certaines obligations. Serait-ce la faute à l'origine de l'inexécution de l'obligation? Dans ce cas, on pourrait difficilement expliquer pourquoi l'ensemble des obligations ne sont pas protégées contre de telles fautes. Si le législateur entendait réellement sanctionner une faute en raison de son immoralité, il n'y aurait pas de raison pour qu'une même faute²²³ soit sanctionnée dans un cas et pas dans un autre. Or, contrairement à la common law, notre sanction pénale n'a pas vocation à s'appliquer à l'ensemble du droit civil. Rappelons que la punition s'intéresse au comportement fautif lui-même et pour lui-même et ce, peu importe l'obligation en cause. Le fait que les dommages punitifs ne soient pas généralisés à l'ensemble des rapports juridiques nous indique bien que la faute n'a pas le caractère d'une raison d'être, autrement dit qu'elle n'est pas le fondement justificatif de la peine privée. Serait-ce l'état d'esprit du contrevenant? Dans ce cas, nous voyons mal pourquoi dans le cas de la Charte seule l'intentionnalité serait blâmable, alors que celle-ci ne serait même pas requise en matière de protection du consommateur. Pourtant, on serait porté à exiger le contraire.

222. C.R.D.O., *op. cit.*, note 8, p. 36.

223. Par exemple, une faute intentionnelle.

Tout compte fait, nous ne pouvons que nous ranger derrière l'idée, largement répandue disons-le, selon laquelle le juge *civil* n'a pas à diriger la morale des individus ni à sanctionner l'immoralité²²⁴. Pas que le juge soit nécessairement un mauvais messager, mais que le médium utilisé (c.-à-d. un jugement civil) n'est pas le forum approprié pour y arriver. En outre, fonder la peine sur l'immoralité pourrait mettre en péril un principe fondamental: «[i]l peut y avoir, et il y a en fait, des morales; il ne peut exister, dans un pays déterminé, qu'un seul droit [civil], le même pour tous»²²⁵. C'est pourquoi, il nous semble préférable d'aborder la faute, quelle que soit sa gravité, comme un phénomène moralement neutre. Il en est de même avec la violation des différentes obligations protégées par la mesure spéciale. Nous ne nions pas que certaines conduites puissent présenter un caractère immoral quasi universel. Nous voulons simplement dire que l'opportunité du redressement exemplaire s'apprécie indépendamment de l'aspect immoral du geste.

3.2.3 *Le droit civil provincial ne peut être principalement punitif*

La plupart des textes portant sur le droit pénal exposent les buts de la peine au niveau criminel qui, rappelons-le, relève du fédéral. Nous retrouvons, à l'occasion, des écrits traitant spécialement des sanctions relevant du droit pénal provincial. Les idées qui y sont avancées sont particulièrement intéressantes pour nos fins, puisque les dommages punitifs relèvent du législateur québécois²²⁶. Les auteurs sont unanimes:

Règle générale, en droit pénal provincial, il est question de la pratique de la pénalité [...] et on ne peut justifier la peine par une position rétributiviste.²²⁷

[L]e droit pénal du Québec ne peut être principalement punitif et stigmatisant. [...] Les peines dans les lois du Québec ne peuvent

224. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, note 211, p. 349.

225. A. PIROVANO, *op. cit.*, note 197, p. 103.

226. Il est vrai que certaines lois fédérales permettent l'octroi de dommages punitifs, tel l'art. 53.2 de la *Loi sur le droit d'auteur* (L.R.C. (1985), c. C-42) (pour une application de cet article, voir: *Wrebbit inc. c. Benoit*, [1998] R.J.Q. 3219 (C.S.)) (pour une discussion au sujet de l'octroi de dommages exemplaires en vertu de cette loi, voir: D. GARDNER, *loc. cit.*, note 108). Mais là n'est pas l'objet de nos propos.

227. P. LANDREVILLE, *loc. cit.*, note 10, p. 215.

avoir pour fonction l'expiation ou la rétribution [...]. [L]e législateur québécois peut utiliser toutes les peines dont il a besoin [...] dans la mesure où il peut démontrer dans chaque cas que leur imposition n'est pas une fin en soi.²²⁸

La peine ne doit pas être telle qu'elle laisse entendre que son essence est de punir un contrevenant dont la conduite est pour la société moralement répréhensible.²²⁹

Ainsi, le droit pénal québécois ne peut être principalement punitif. Il doit viser uniquement à assurer l'application présente et future des lois du Québec²³⁰. C'est que, selon l'article 92(15) de la Constitution canadienne²³¹, le législateur provincial est autorisé à prévoir l'imposition d'une amende mais seulement dans le but de faire respecter ses lois. Bien que le fondement constitutionnel de la peine privée soit l'article 92(13) de la Constitution²³², ces propos sont susceptibles de s'appliquer *mutatis mutandis*. En effet, les dommages punitifs visent à assurer la mise en œuvre du droit à l'exécution de l'obligation²³³. Il s'agit là, à notre avis, d'une dynamique comparable à celle qui consiste à faire respecter la loi au moyen d'amendes. L'on peut donc sérieusement questionner l'attribution, en droit provincial québécois, de dommages punitifs dans le but de punir le débiteur. On aura beau dire que la sanction pénale remplit un double objectif de punition et de dissuasion, il demeure que, le plus souvent, c'est des considérations rétributives qui ont dominé dans la prise de décisions judiciaires²³⁴. Or, il ne suffit pas d'ajouter un aspect utilitaire à la punition pour rendre légale cette dernière, lorsque le fondement principal de la peine repose sur une notion de mérite.

228. Marc BRISSETTE, «La nature, les buts et l'application des peines sanctionnant les lois du Québec», dans *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 237, p. 243 et 244. Rappelons que la punition constitue une fin en soi (*supra*, 1.2).

229. Paul MONTY, «Les peines dans le droit pénal réglementaire québécois», dans *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 255, p. 256.

230. M. BRISSETTE, *loc. cit.*, note 228, p. 243.

231. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

232. Voir: P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 298.

233. *Ibid.* Comparer l'art. 92(15) de la *Loi constitutionnelle* (précitée, note 231) où l'on précise que l'application de peines d'amende est «for enforcing any Law of the Province» et le titre qui précède les art. 1590 et s. C.c.Q., qui énonce que les droits ouverts au créancier s'inscrivent dans le «Right to enforce performance» (nos italiques).

234. *Supra*, 2.1.

3.2.4 *Commentaires sur certains éléments contenus dans le rapport de la C.R.D.O.*²³⁵

Dans son rapport, la C.R.D.O. a examiné la possibilité d'utiliser les dommages punitifs à des fins spécifiques de dissuasion. Ses recherches ont amené l'organisme à écarter cette solution en raison des difficultés qu'une telle utilisation engendrerait. Dans ses critiques, l'organisme ontarien a mentionné la difficulté d'identifier, avec précision, les domaines d'activités où il existe un problème au niveau du respect des normes de conduite qui y sont prévues, problème que les dommages punitifs pourraient solutionner²³⁶. Pour la C.R.D.O., la dissuasion pourrait être un objectif valable mais seulement à l'égard des champs d'activités où des études révéleraient l'existence d'un réel problème et de son amplitude²³⁷. Or, contrairement à nos voisins, où une conduite exceptionnelle peut donner lieu à des dommages punitifs dans presque toutes les sphères d'activités, notre sanction spéciale est limitée aux seules situations prévues par le législateur. Nous sommes en droit de présumer que, si nos élus ont choisi de protéger davantage certains biens, certaines valeurs fondamentales ou certains groupes de personnes, c'est justement parce qu'ils considéraient qu'il y avait un problème au niveau du respect des normes de conduite rattachées à ces domaines et que la mesure spéciale pouvait aider à garantir davantage l'exécution de ces normes.

Une autre difficulté soulevée par la C.R.D.O. concerne l'évaluation de la sanction lorsque celle-ci vise spécifiquement à dissuader le contrevenant de récidiver et les tiers de l'imiter. En l'absence d'études ou de recherches sur l'ampleur d'un problème, l'organisme ontarien croit qu'il sera difficile de déterminer, de façon juste et équitable, la somme adéquate pour obtenir l'effet recherché, à savoir l'élimination du problème. À cela, nous répondons ceci. D'une part, la question de la distribution diffère de celle de la justification²³⁸. On ne peut prendre appui sur une difficulté au niveau de l'évaluation d'une sanction dissuasive pour écarter

235. Précité, note 8. Pour un compte rendu critique de ce rapport, voir: Pauline ROY, (1992) 71 *R. du B. can.* 625.

236. C.R.D.O., *op. cit.*, note 8, p. 36 et 37.

237. Dans une perspective utilitariste, les dommages punitifs ne sont justifiés que s'ils sont en mesure de renforcer, de façon concrète et tangible, l'application future de la loi ou d'une obligation. À la base, cela suppose donc l'existence d'un problème quant au respect de la loi ou d'une obligation, problème que les recours habituels ne permettent pas de remédier de façon suffisamment adéquate.

238. *Supra*, 2.2.

la dissuasion au stade précédent, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de décider d'imposer ou non une sanction. Autrement dit, on ne peut pas refuser d'appliquer une peine à des fins préventives sous prétexte que la mesure exacte de cette peine, pour atteindre cette fin, ne peut être établie avec certitude. Justice et équité ne sont pas synonymes de certitude. D'autre part, le législateur a pris soin d'encadrer l'appréciation du quantum, en précisant que la sévérité de la peine doit tenir compte des éléments propres à chaque espèce²³⁹. Notons que la C.R.D.O. passe sous silence le nouveau courant philosophique qui amalgame «l'utile et le juste»²⁴⁰ où l'on arrive à imposer une sanction dissuasive tout en demeurant juste et équitable envers le défendeur. Ainsi, les injustices anticipées par la C.R.D.O. sont pratiquement éliminées²⁴¹. En outre, s'il est vrai que l'évaluation basée uniquement sur la propension à récidiver ou sur l'ampleur du problème demeure très aléatoire, le législateur québécois a résolu la question en permettant expressément aux tribunaux de s'en remettre à la gravité de la faute lors de cette évaluation²⁴².

Par ailleurs, à l'appui de sa recommandation²⁴³, la C.R.D.O. a indiqué que, malgré la séparation historique entre le droit civil et le droit criminel, la common law civile a toujours conservé une mission punitive²⁴⁴. De prime abord, la rétribution des comportements antisociaux ne pose donc aucun problème chez nos voisins, puisque cette séparation historique n'a pas enlevé l'aspect rétributif que possédait autrefois le droit anglais en vigueur dans les causes civiles. Toutefois, chez nous, il en va autrement. En effet, contrairement au droit anglo-saxon, le droit civil, tel qu'il a été appliqué au Québec, n'a pas conservé une mission punitive à la suite de son divorce avec le droit criminel. En outre, les civilistes s'entendent pour dire que les autres sanctions civiles «ne remplissent pas une fonction rétributive ou punitive, mais réparative ou préventive»²⁴⁵. Comme le redressement exemplaire s'ajoute à ces

239. Art. 1621, al. 2 C.c.Q.

240. *Supra*, 3.1.3(C).

241. C.R.D.O., *op. cit.*, note 8, p. 36 et 37.

242. *Supra*, 3.1.3(A).

243. La recommandation de la C.R.D.O. a été «that the determination of the question whether to award punitive damages, and the quantum of such damages, should be constrained by retributivist principles» (*op. cit.*, note 8, p. 38).

244. C.R.D.O., *op. cit.*, note 8, p. 39 et 40. Voir aussi: Allen M. LINDEN, *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 13 à 22.

245. M. van de KERCHOVE, *op. cit.*, note 28, p. 347.

autres mesures, il devrait, logiquement, s'associer à ces dernières et faire front commun avec elles. Autrement dit, la logique voudrait que la mesure pénale soit là pour soutenir la fonction préventive qui découle de l'ensemble du pouvoir de contrainte de droit civil²⁴⁶. L'intégration d'une sanction à caractère rétributif pose donc des problèmes qui n'existent pas ailleurs au Canada.

La C.R.D.O. a également indiqué que, malgré la séparation législative entre les pouvoirs fédéral et provinciaux, la common law civile a conservé l'usage (antérieur à cette séparation) des dommages punitifs à des fins punitives²⁴⁷. Ce faisant, l'organisme ontarien croit peu probable qu'une contestation constitutionnelle au sujet de l'utilisation d'une mesure rétributive, dans un cadre civil, puisse triompher²⁴⁸. On ne peut en dire autant du droit civil québécois, tel qu'il existait au moment de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁴⁹. Rappelons-nous que la première loi québécoise d'intérêt général à permettre l'imposition de dommages exemplaires date de 1929²⁵⁰. Par conséquent, la problématique québécoise est très différente de celle de nos voisins car, lors de la séparation des pouvoirs législatifs, le chapitre de «la propriété et les droits civils dans la province [de Québec]» ne contenait pas les dommages punitifs. En effet, une telle sanction était étrangère à notre système de droit civil. C'est pourquoi, au Québec, la création d'une sanction dont l'objectif est la «punition» ou la «rétribution» est, d'un point de vue constitutionnel, contestable²⁵¹.

246. Dans ses commentaires, le ministre indique que les dommages punitifs ont pour but de renforcer l'aspect préventif de la responsabilité civile (Commentaires du ministre de la Justice, *op. cit.*, note 90, p. 1005). Nous avons déjà critiqué ce commentaire (voir: P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 328 à 335). À cette occasion, nous avons soutenu que l'objectif de prévention n'était pas particulier à la responsabilité civile mais qu'il relevait plutôt de l'ensemble du pouvoir de contrainte de droit civil. En prenant pour exacte cette affirmation, il devient possible de dire que la peine privée vise à soutenir la fonction préventive qui découle de l'ensemble du pouvoir de contrainte.

247. Rappelons qu'il ne s'agit pas là d'une sanction issue de l'exercice d'un pouvoir législatif provincial.

248. C.R.D.O., *op. cit.*, note 8, p. 42.

249. *Loi constitutionnelle*, précitée, note 231, art. 92(13). Selon nous, le fondement constitutionnel des dommages punitifs réside dans cet article (P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 298).

250. Il s'agit de la *Loi de la protection des arbres*, S.Q. 1929, c. 71. Aujourd'hui, voir L.P.A., précitée, note 2.

251. Notons que, jusqu'à présent, les tribunaux ne semblent guère s'inquiéter d'une éventuelle contestation à ce niveau, si l'on s'en remet aux nombreuses décisions où la punition y apparaît comme fonction dominante.

3.3 La Charte ne fait pas exception

3.3.1 *Le principe formulé à l'article 1621 C.c.Q. s'applique à la Charte*

Au moment où l'article 1621 C.c.Q. a été adopté, nos élus avaient certainement en tête la Charte. En effet, si on consulte la jurisprudence publiée au cours des années précédant l'adoption de cette disposition²⁵², ou même sa rédaction initiale²⁵³, on constatera que la plupart des décisions rapportées concernent une atteinte intentionnelle à un droit protégé par la Charte. Il faut donc présumer que le législateur songeait particulièrement à l'application de l'article 49 de la Charte, en proposant comme critère «la prévention». D'ailleurs, les quelques échanges ayant eu lieu en commission parlementaire, au sujet de l'article 1621 C.c.Q., confirment que la «fonction préventive» s'applique également à la Charte²⁵⁴. Ajoutons qu'on ne saurait considérer ce dernier article comme l'expression d'un modèle supplétif applicable lorsque la loi en cause n'attribue pas, expressément ou implicitement, un objectif particulier à la peine. En effet, tous s'entendent pour dire que le but de cette disposition est d'*uniformiser* la pratique des dommages punitifs et non de fournir un modèle supplétif²⁵⁵. Enfin, si les lois particulières peuvent déroger au droit commun²⁵⁶, la Charte, quant à elle, devrait plutôt s'harmoniser avec le Code civil²⁵⁷. Ainsi, la Charte ne devrait pas faire exception au principe formulé à l'article 1621 C.c.Q.

252. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, l'art. 1621 C.c.Q. a été adopté le 18 décembre 1991.

253. On retrouve une version presque semblable à l'art. 1621 C.c.Q., dans l'Avant-projet (Avant-projet de loi, 1^{re} session, 33^e législature, 17 décembre 1987 (ci-après: Avant-projet)) à l'art. 1679.

254. Assemblée nationale, *Journal des débats*, Commission parlementaire, Sous-commission des institutions, 34^e législature, 1^{re} session, 9 octobre 1991, SCI-550 et 551: «**M. Pineau**: [...] Le critère invoqué est celui de la prévention. [...] **M. Masse**: [...] Actuellement, la législation ne prévoit des dommages exemplaires, je pense, que dans quatre cas: La Loi sur la protection du consommateur; l'article très important de la *Charte des droits et libertés de la personne*, qui est l'article 49 [...]. Et ce critère général, qui vaudra autant pour la Loi sur la protection du consommateur que pour *les autres dispositions* [...]» (nos italiques).

255. *Id.* «**M. Pineau**: [...] Le critère invoqué est celui de la prévention. [...] **M. Masse**: «Et ce critère général [...] *uniformise* l'approche que l'on adoptera» (notre italique).

256. Voir la Disposition préliminaire du Code civil.

257. *Ibid.*

3.3.2 *L'intentionnalité, exigée à l'article 49 de la Charte, n'a pas le caractère d'une raison d'être mais d'une limitation*

Aux termes de l'article 49 de la Charte, la violation d'un droit fondamental doit être délibérée pour donner droit à des dommages punitifs. «Doit-on voir dans cette exigence du caractère intentionnel de l'atteinte illicite le désir d'attribuer aux dommages exemplaires une fonction punitive?»²⁵⁸ On pourrait dire que le contrevenant est sanctionné parce qu'il a agi avec un certain état d'esprit et, en conséquence, qu'il mérite d'être puni en raison de cet état d'esprit. Voyons ce qu'il en est exactement.

Mentionnons, au départ, que l'élément «intentionnel» n'est pas, en soi, suffisant pour conclure à la primauté d'un caractère punitif²⁵⁹. Prenons, par exemple, l'article 167 L.A.D.O.P.²⁶⁰. Cet article prévoit que l'organisme public est tenu à des dommages punitifs en cas d'atteinte intentionnelle. Peut-on vraiment espérer punir l'organisme responsable? Il nous semble que non. L'organisme public sera généralement une personne morale. Or, il est bien difficile de blâmer la conduite d'un être artificiel. Il y a donc tout lieu de croire que, même si l'intentionnalité est exigée, la sanction exemplaire repose sur des considérations étrangères à la rétribution. Qu'en est-il au niveau de la Charte?

En partant de l'idée que l'article 1621 C.c.Q. a vocation à s'appliquer au deuxième alinéa de l'article 49 de la Charte, il faut vérifier si l'exigence du caractère intentionnel de l'atteinte illicite peut s'expliquer autrement que par le désir d'attribuer aux dommages exemplaires une fonction punitive. À cet égard, mentionnons que si certains éléments d'une disposition législative antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 1621 C.c.Q. pouvaient autrefois être associés au rétributivisme, il faut, dans la mesure

258. P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 276. Prenant appui, entre autres, sur le nouvel article 1621 C.c.Q., l'auteur a répondu par la négative en concluant que les dommages punitifs doivent exercer une fonction essentiellement préventive. *Contra*: D. GARDNER, *loc. cit.*, note 108, p. 204 et 211. Selon cet auteur, l'exigence d'une atteinte intentionnelle met en évidence l'aspect punitif du redressement exemplaire prévu à l'art. 49 de la Charte.

259. Ajoutons que l'intentionnalité n'est pas non plus un critère de différenciation entre un crime et ce qui ne l'est pas, puisque tant la loi pénale que la loi civile peuvent tenir compte de cet élément (C. DEBUYST, F. DIGNEFFE et A.P. PIRES, *op. cit.*, note 34, p. 185). Si un acte quelconque est un crime, c'est que l'État fédéral, en légiférant, en a décidé ainsi.

260. Précitée, note 97.

du possible, éviter de créer des exceptions au nouveau principe général. C'est donc en ayant en tête cette réserve qu'il faut maintenant tenter de concilier l'article 49 de la Charte avec le rôle actuel des dommages punitifs.

L'on dit que les droits d'une personne s'arrêtent là où ceux des autres débutent. Autrement dit, les droits d'une personne trouvent leur limite dans les droits d'autrui. Il existe donc un problème de conflit entre: d'une part, le *droit*, pour une personne, d'exercer pleinement, et comme bon lui semble, ses droits civils même si cela ne fait pas l'affaire d'une autre personne²⁶¹; d'autre part, le *droit*, pour cette dernière, d'être protégée contre les atteintes à ses libertés et droits fondamentaux qui peuvent résulter de l'exercice des droits civils²⁶² de la première. Se pose alors la question de savoir comment concilier ces deux *droits*. La Charte résout, à sa façon, cette dichotomie, en reconnaissant à chacun le droit d'exercer pleinement ses droits civils tout en prohibant certaines conséquences liées à l'exercice de ces droits, conséquences qui, en fait, correspondent à la violation des droits fondamentaux d'une autre personne²⁶³. Ainsi, on accorde un maximum de liberté à chaque individu en autant que l'exercice de cette liberté soit compatible avec les droits fondamentaux des autres. Les redressements qui y sont prévus devraient être appréhendés dans cette perspective, c'est-à-dire qu'ils devraient participer à cet équilibre entre les droits de l'un et les droits de l'autre.

On admet volontiers qu'une atteinte illicite résultant de l'exercice fautif de ses droits civils puisse donner lieu à des dommages-intérêts en faveur de la victime de cette atteinte. On peut, par contre, émettre des réserves quant à la possibilité de sanctionner une atteinte «non intentionnelle»²⁶⁴ par des dommages punitifs. Il faut dire que la plupart des activités humaines portent en elles une possibilité plus ou moins grande d'entraîner la violation

261. Art. 4 C.c.Q.

262. Notons que les droits civils englobent les libertés et droits fondamentaux.

263. Voir le quatrième considérant du préambule de la Charte qui donne une limite aux droits et libertés de la personne en déclarant qu'ils sont inséparables des droits et libertés d'autrui. Voir aussi l'art. 9.1 qui précise que les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, lesquelles comprennent les droits et libertés d'autrui (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Martin*, J.E. 97-1476 (T.D.P.Q)).

264. Outre celle qui est spécifiquement voulue, une atteinte intentionnelle comprend aussi celle qui paraît certaine ou presque certaine (*Curateur*, précité, note 7). L'atteinte «non intentionnelle» sera donc celle qui paraît probable sans pour autant paraître certaine ou presque certaine.

d'un droit fondamental chez un tiers. En excluant le redressement exemplaire des situations où l'atteinte paraissait probable, sans pour autant paraître certaine ou presque certaine, la Charte ne crée pas inutilement un sentiment de peur dans l'exercice de ses droits civils. Être «condamné à réparer les conséquences dommageables de son action, c'est [déjà] restreindre ou supprimer, [en partie], la liberté d'agir»²⁶⁵. C'est pourquoi, la limitation du redressement exemplaire aux seules atteintes intentionnelles apparaît comme un compromis choisi par le législateur. Cette restriction évite de paralyser des initiatives parfaitement régulières en ne menaçant pas indûment le débiteur qui pourrait, de manière non intentionnelle²⁶⁶, porter atteinte aux droits fondamentaux d'autrui.

Nous avançons que l'aspect intentionnel n'a pas le caractère d'une raison d'être de la peine mais constitue plutôt une restriction par rapport aux conditions normales d'ouverture à une réclamation en dommages punitifs²⁶⁷. On retrouve ce genre de limitation en matière de responsabilité civile. Par exemple, l'article 1461 C.c.Q. restreint le recours en dommages-intérêts aux seuls cas où le tuteur a commis une faute intentionnelle ou lourde. L'objectif n'est pas de punir un tel comportement mais bien d'encourager les personnes à accepter la charge de tuteur, en les exonérant de toute responsabilité pour les fautes simples que ces personnes pourraient commettre²⁶⁸. Ainsi, dans le cas de l'article 1461 C.c.Q., l'exigence d'une faute intentionnelle ou lourde n'a pas le caractère d'une raison d'être mais d'une limitation par rapport aux conditions générales des articles 1457 et 1458 C.c.Q. C'est dans cet esprit qu'il faut envisager le deuxième alinéa de l'article 49 de la Charte. Il ne faut donc pas voir dans l'exigence du caractère intentionnel de l'atteinte illicite le désir d'attribuer aux dommages exemplaires une fonction punitive. Il faut plutôt se dire que le deuxième alinéa de l'article 49 de la Charte fixe une ligne en deçà de laquelle le législateur a préféré laisser jouer uniquement

265. Boris STARCK et autres, *Obligations – Responsabilité civile*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996, n^o 68, p. 41.

266. Voir à la note 264.

267. Pour connaître ces conditions, voir: *infra*, 5.2 à 5.4. Parmi ces conditions, il y a un critère de prévisibilité: l'inexécution de l'obligation ou l'atteinte à un droit doit paraître probable, c.-à-d. être plus qu'une simple éventualité très hypothétique. En spécifiant que l'atteinte doit être «intentionnelle», le législateur entend augmenter le degré de prévisibilité en requérant que l'atteinte paraisse comme une probabilité certaine ou extrêmement certaine.

268. Commentaires du ministre de la Justice, *op. cit.*, note 90, p. 891.

les recours habituels, de manière à ne pas intimider outre mesure celui qui exerce ses droits civils. Ce n'est donc pas une logique de punition qui sous-tend l'exigence de l'intentionnalité. Par conséquent, le redressement exemplaire ne doit pas servir à réaliser la rétribution des atteintes illicites et intentionnelles.

3.3.3 Certaines violations à un droit fondamental, fussent-elles intentionnelles, ne sont pas immorales en soi

Rappelons que seuls les comportements réellement immoraux (*mala in se*) se prêtent à la pratique de la punition. En effet, il est difficile de jeter un blâme à celui dont le comportement est répréhensible seulement parce qu'il est contraire à loi. On pourrait argumenter que la violation intentionnelle d'un droit inscrit dans la Charte est répréhensible en soi. Peut-on relier la violation de certains droits fondamentaux à une conduite simplement *malum quia prohibitum*? Oui, cela est possible. D'une part, le législateur ne reconnaît pas à certains droits un caractère aussi fondamental que pour d'autres. En effet, la primauté de la Charte ne concerne que les articles 1 à 38, tel qu'il appert de son article 52. D'autre part, même les atteintes à certains droits prévus aux articles 1 à 38 ne paraissent pas moralement blâmables. Par exemple, le cabaretier qui refuse l'accès à son établissement aux personnes ayant moins de vingt-cinq ans contrevient à la Charte. Il s'expose donc à des dommages punitifs²⁶⁹. Mais peut-on vraiment considérer son attitude comme immorale? La société peut-elle réellement se dire outrée et vouloir exprimer publiquement sa réprobation? Nous en doutons et probablement qu'une majorité pense comme nous. Dans cet exemple, on devrait plutôt parler de pénalité. Mais alors, va-t-on punir certaines violations et en pénaliser d'autres? On risque d'établir une pratique disparate dans le fonctionnement du redressement exemplaire prévu dans la Charte. Si on recherche une application uniforme du deuxième alinéa de l'article 49, ce n'est pas vers la punition mais bien vers la pénalité qu'il faut regarder. En effet, rien n'empêche d'utiliser le redressement exemplaire pour décourager le contrevenant d'avoir une conduite immorale, sans qu'il soit nécessaire d'y ajouter une réprobation quelconque.

269. Voir, par ex.: *C.D.P.Q. c. 2755-9046 Québec Inc.*, J.E. 94-287 (T.D.P.Q.).

3.3.4 *Un acte spontané ne constitue pas une atteinte intentionnelle*

La sanction préventive est utile là où l'inexécution fait suite à un choix de l'individu. La dissuasion repose sur l'idée que les contrevenants potentiels, procédant à une analyse sommaire à propos de la peine anticipée et de l'avantage illicite convoité, concluront qu'ils ont plus d'intérêt à éviter la sanction qu'à risquer la violation. Logiquement, la prévention doit être plus efficace en présence d'un comportement réfléchi plutôt qu'impulsif. On doit reconnaître qu'un certain nombre de contraventions à la Charte se produisent dans un contexte de spontanéité. On pourrait donc être porté à vouloir s'en tenir à la punition, dans un tel contexte. En droit pénal, les infractions d'intention générale peuvent être simplement le produit d'une passion momentanée et donner lieu, tout de même, à une condamnation²⁷⁰. Or, au niveau de la Charte, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que les atteintes illicites résultant de gestes spontanés, irréfléchis ou non prémédités ne sont pas considérées comme des atteintes intentionnelles²⁷¹. Ainsi, même dans les cas où, à défaut de pouvoir dissuader, on aurait pu punir, la sanction pénale ne peut être utilisée à cette fin.

3.3.5 *La Charte canadienne et les autres Chartes provinciales*

Chez nos voisins, il arrive qu'on impose une sanction exemplaire lors d'une violation à un droit fondamental. On considère cependant que les redressements prévus dans les lois en matière de libertés et droits fondamentaux ne doivent pas servir à punir un comportement antisocial:

In certain cases, it may be highly instructive for a respondent to face the paying of a penalty. If the Board is of the opinion that no other order could be so effective as to encourage future compliance with the Code as a punitive order, then I believe that an order of punitive damages might be proper. Such an award would be consistent with the education purposes of the Code. It must be pointed out though, that such an award should have as its sole purpose the prevention of future breaches of the Code. That is, the penalty should

270. Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 418.

271. Voir: *Tremblay c. Deblois*, [1998] R.R.A. 48 (C.A.), p. 52; *Leroux c. Communauté urbaine de Montréal*, [1997] R.J.Q. 1970 (C.S.), p. 2002; *Franc c. Lacroix*, [1997] R.R.A. 866 (C.Q.), p. 875.

be made only to effect deterrence, not to denounce the act or wrongdoer, nor to exact retribution.²⁷²

Ainsi, en matière de droits fondamentaux, les tribunaux de common law utilisent la mesure pénale à des fins essentiellement utilitaires. Par ailleurs, ceux qui prônent la possibilité d'octroyer des dommages exemplaires en vertu de l'article 24 de la Charte canadienne indiquent que cela ne doit pas servir à punir mais uniquement à dissuader²⁷³. Notre Charte québécoise serait-elle à ce point distincte de la Charte canadienne et des autres Chartes provinciales qu'elle permettrait la réprobation des comportements antisociaux?

4. LES DIFFÉRENTES FACETTES DE LA PRÉVENTION

Bien que la «dissuasion» et la «prévention» visent toutes deux le futur, la consultation de plusieurs dictionnaires nous apprend que ces deux termes ne sont pas synonymes²⁷⁴. «Dissuader» (*to deter*²⁷⁵) c'est détourner quelqu'un de son dessein²⁷⁶; «prévenir» (*to prevent*²⁷⁷) c'est empêcher quelque chose de se produire²⁷⁸.

-
272. *Torres c. Royalty Kitchenware Ltd.*, (1982) 3 C.H.R.R. D/858 (Ont.), p. D/870. Voir aussi *Holmes c. LBE Holdings Inc.*, (1998) 30 C.H.R.R. D/231 (C.-B.), p. D/245; *Naraine c. Ford Motor Co. of Canada*, (1997) 28 C.H.R.R. D/267 (Ont.), p. D/273.
273. C. DALLAIRE, *op. cit.*, note 4, p. 20. Notons qu'il existe une controverse quant à savoir si cet art. 24 permet l'octroi de dommages exemplaires.
274. Toutefois, pour les fins des autres parties du texte nous avons utilisé et continuerons à utiliser indistinctement ces deux termes, pour ne pas alourdir inutilement le texte.
275. *The Canadian Oxford Dictionary* (éd. 1998), «deter»: discourage or prevent (a person) through fear or dislike of the consequences. Signalons que la définition anglaise nous paraît préférable à celle des dictionnaires français (*infra*, note 276) en ce qu'elle fait mieux ressortir que la «dissuasion» découlant des dommages punitifs est basée sur la peur.
276. *Le Grand Robert de la langue française* (éd. 1992), «dissuader»: amener quelqu'un à renoncer à un projet, à une résolution, à faire quelque chose; *Le Grand Larousse Universel* (éd. 1995), «dissuader»: dissuader quelqu'un, le faire renoncer à son intention de faire quelque chose, l'en détourner; *Dictionnaire encyclopédique Quillet-Grolier*, (éd. 1972) «dissuader»: détourner quelqu'un de l'exécution d'un dessein, le porter à ne pas exécuter une résolution prise.
277. *The Canadian Oxford Dictionary* (éd. 1998), «prevent»: stop from happening or doing something.
278. *Le Grand Robert de la langue française* (éd. 1992), «prévenir»: aller au-devant de quelque chose pour y faire obstacle; *Le Grand Larousse Universel* (éd. 1995), «prévenir»: prévenir un mal, prendre les mesures nécessaires pour éviter son éventuelle survenue; *Dictionnaire encyclopédique Quillet-Grolier*, (éd. 1972) «prévenir»: prendre d'avance des mesures, des précautions, pour empêcher ou détourner quelque chose de fâcheux.

Compte tenu du libellé de l'article 1621 C.c.Q, il nous semble que la mesure exemplaire n'a pas pour objectif premier de *dissuader* quelqu'un mais plus largement de *prévenir* quelque chose²⁷⁹. Quelle est donc ce *quelque chose*²⁸⁰ que les dommages punitifs ont pour fonction de prévenir? Nous le verrons, il s'agit de prévenir soit l'inexécution d'une obligation soit l'atteinte à un droit (4.1). Cela étant vu, il faudra déterminer de quelle façon, concrètement, on peut arriver à ce résultat. À cet égard, nous identifierons quelques-uns des moyens susceptibles de nous permettre d'atteindre l'objectif visé (4.2). Par ailleurs, nous jugeons nécessaire de faire une analyse distincte de la réprobation comme moyen de prévention (4.3). D'une part, à cause de son importance dans la jurisprudence. D'autre part, parce que, contrairement aux autres moyens, nous avons de grandes réserves quant à l'utilisation de la réprobation à des fins de prévention. Enfin, nous verrons quelques facteurs susceptibles d'accroître l'efficacité du moyen de pression (4.4).

4.1 Les dommages punitifs ont pour fonction de prévenir une nouvelle inexécution de l'obligation

«Faute» et «inexécution de l'obligation» sont deux choses distinctes. Une obligation de faire suppose, pour parvenir à son exécution, une ou plusieurs activités humaines²⁸¹: poser un acte, écrire un texte, prononcer des paroles, mettre en marche une machine²⁸², etc. Il y aura exécution ou inexécution de l'obligation selon que les activités du débiteur auront permis ou non la réalisa-

279. Signalons qu'il ne s'agit pas de prévenir (dans le sens d'avertir*) le débiteur qu'il s'expose à des représailles en cas de manquement de sa part. En effet, l'adjectif «préventif» (art. 1621, al. 1 C.c.Q.) se dit de ce qui permet d'empêcher un événement de se produire**.

* *Le Grand Robert de la langue française* (éd. 1992), «prévenir»: mettre quelqu'un au courant; *Le Grand Larousse Universel* (éd. 1995), «prévenir»: mettre au courant, avertir, aviser.

** *Le Grand Robert de la langue française* (éd. 1992), «préventif»: qui sert à prévenir, qui tend à empêcher (une chose fâcheuse) de se produire; *Le Grand Larousse Universel* (éd. 1995), «préventif»: se dit de ce qui est destiné à empêcher un mal; *Dictionnaire encyclopédique Quillet-Grolier*, (éd. 1972) «préventif»: qui a pour but de prévenir, d'empêcher.

280. Si, d'un côté, on parle de dissuader *quelqu'un*, de l'autre côté, on s'emploie à prévenir *quelque chose*.

281. Dans le cas d'une obligation de ne pas faire, on parlera plutôt d'une absence d'activités.

282. Pour nos fins, l'activité humaine comprend l'activité de la machine puisque celle-ci agit sous l'impulsion de l'homme.

tion de l'obligation²⁸³. La *faute* apparaît comme une appréciation de la conduite dans l'accomplissement des activités humaines qui, eu égard à l'obligation en cause, s'imposent pour parvenir à l'exécution de cette dernière. Sera en faute, celui qui n'accomplit pas ces activités d'une manière prudente et diligente. Quant à l'*inexécution de l'obligation*, elle se décrit comme le fait de ne pas rencontrer la prestation convenue ou imposée par la loi et ce, indépendamment de la façon dont les activités ont pu être accomplies. C'est pourquoi le débiteur peut avoir un comportement fautif mais réussir tout de même à exécuter entièrement, correctement et sans retard l'obligation²⁸⁴. Comme il peut y avoir inexécution de l'obligation sans que l'on puisse retrouver une faute à l'origine de cette inexécution. *Ce quelque chose*, que les dommages punitifs ont pour fonction de prévenir, est-ce l'«inexécution de l'obligation» ou la «faute» à l'origine de cette inexécution?

La sanction pénale, à l'instar des autres moyens ouverts au créancier, vise ultimement à garantir la mise en œuvre du droit à l'exécution de l'obligation. Il s'agit là de l'objectif général du pouvoir de contrainte²⁸⁵ dont font partie les dommages punitifs. Logiquement, il devrait y avoir un rapport étroit entre l'objectif général du pouvoir de contrainte et l'objectif particulier de la peine. Cela suppose que cette dernière s'attache à l'obligation plus qu'à la faute, puisqu'il s'agit de mettre en œuvre le droit à l'exécution de l'obligation. Si la peine réussit à empêcher l'inexécution d'une obligation, par le fait même elle assure la mise en œuvre du droit à l'exécution de cette obligation. *Ce quelque chose*, que les dommages punitifs ont pour fonction de prévenir, est donc bien le défaut d'exécution plutôt que la faute à l'origine de ce défaut.

Par ailleurs, pour certains, la «prévention» est une démarche forcément *proactive* qui ne peut se manifester qu'avant l'inexécution de l'obligation tandis que d'autres y englobent l'approche *réactive* c'est-à-dire celle qui vient à la suite de l'inexécution²⁸⁶. On peut se demander comment une notion large (proactive et réac-

283. Signalons que le Code civil parle parfois de «moyens d'exécution» (voir, par ex., l'art. 2099 C.c.Q.) plutôt que d'activités. Cela ne change rien, puisqu'il y aura exécution ou inexécution selon que les «moyens d'exécution» auront permis ou non la réalisation de l'obligation.

284. Art. 1590, al. 1 C.c.Q. Songeons, par exemple, au chirurgien qui, ayant négligé de se laver les mains et de porter un masque, réussit néanmoins avec succès une opération chirurgicale.

285. P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 305 et 306.

286. Sur cette question, voir: R. GASSIN, *op. cit.*, note 80, n^{os} 845 et s., p. 636 et s.

tive) de la prévention peut se justifier alors que le sens courant du mot «prévention»²⁸⁷ favorise ceux qui s'en tiennent à l'approche proactive. Si on examine la chose en s'arrêtant uniquement à l'obligation violée on tombe rapidement dans une impasse. En effet, il est impossible de prévenir ce qui s'est déjà matérialisé. Par contre, il en va autrement si on regarde vers l'avenir, puisqu'il est encore possible d'empêcher une éventuelle inexécution. Ainsi, l'infliction d'une peine constitue à la fois une approche *réactive*, puisqu'elle fait suite à la violation d'une obligation, et à la fois une démarche *proactive*, en ce qu'elle vise à empêcher un prochain défaut d'exécution. Nous soumettons que, au moment de leur prononcé, les dommages punitifs ont pour fonction de prévenir une nouvelle inexécution de l'obligation²⁸⁸.

Ici, une précision s'impose. L'obligation peut apparaître sous deux formes dans la Loi. Il y a, d'un côté, les textes qui s'adressent au débiteur en lui imposant telle ou telle obligation. C'est là la façon courante d'aborder l'obligation civile qui, par définition traditionnelle, est quelque chose qui oblige, donc qui s'adresse à celui qui est tenu à la prestation. Évidemment, plus l'obligation est précise dans ses tenants et aboutissants, plus les activités pour y parvenir ou y contrevenir sont par le fait même délimitées²⁸⁹. À l'extrême, l'obligation et les activités finissent par se confondre en quelque sorte. À l'inverse, plus elle est générale, plus elle embrasse un nombre varié d'activités. Il y a, de l'autre côté, les textes qui, sans imposer une prestation au débiteur, parviennent indirectement à la même chose en reconnaissant spécifiquement certains droits subjectifs²⁹⁰ au créancier et en organisant leur protection. Par là même, s'imposent au débiteur toutes les activités que, eu égard aux circonstances, il est raisonnable d'exiger afin d'assurer le respect de ces droits et «il interdit tous les actes qui réalisent une violation de ces droits»²⁹¹. L'inexécution d'une obligation et l'atteinte à un droit subjectif résultent donc toutes deux d'une activité inadéquate de la part du contrevenant. Ainsi, il

287. Voir la définition du verbe «prévenir» (*supra*, note 278).

288. Il s'agit là de l'objectif particulier des dommages punitifs, lesquels, en collaboration avec les autres moyens de pression ouverts au créancier, visent ultimement à garantir la mise en œuvre du droit à l'exécution de l'obligation. Précisons que, dans le cas de la peine privée, il s'agit de garantir la mise en œuvre du droit à l'exécution de la prochaine obligation.

289. Rappelons que toute obligation suppose, pour sa réalisation, l'exécution d'une ou plusieurs activités humaines.

290. Il serait plus exact de parler de «droits et libertés». Néanmoins, pour les fins des présentes, nous utiliserons seulement le mot «droits».

291. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, note 211, n° 449, p. 330.

serait plus précis de dire que les dommages punitifs ont pour fonction de prévenir soit une nouvelle inexécution de l'obligation soit une nouvelle atteinte à un droit. Néanmoins, pour simplifier le texte, nous parlerons souvent uniquement soit «d'inexécution de l'obligation» soit «d'atteinte à un droit»²⁹².

4.2 Quelques moyens susceptibles de prévenir l'inexécution de l'obligation

Même si les dommages punitifs visent à prévenir l'inexécution de l'obligation, cela ne veut pas dire que les dommages punitifs ne cherchent pas à modifier le comportement fautif à l'origine du défaut d'exécution; bien au contraire. Comme l'inexécution de l'obligation est une conséquence liée aux mauvaises activités (ou à l'absence d'activités²⁹³) du débiteur, il faut, d'un point de vue pratique, s'attaquer à la source du problème. En effet, la meilleure façon de prévenir toute nouvelle inexécution de l'obligation, c'est de mettre fin à l'inconduite (active ou passive) qui a entraîné cette inexécution. La peine permet d'exercer une pression psychologique sur le contrevenant afin qu'il change d'attitude, qu'il agisse autrement. Un débiteur doit comprendre que sa conduite doit favoriser l'exécution de l'obligation et non être telle qu'elle risque d'entraîner un défaut d'exécution; sans quoi, il s'expose à des représailles. C'est ainsi qu'il devient possible d'éviter l'inexécution de la prestation promise ou imposée par la loi. Autrement dit, l'idée est de changer le comportement fautif à l'origine de l'inexécution et ce, dans le but de prévenir celle-ci. C'est ici qu'entre en jeu la dissuasion (4.2.1) et (4.2.2).

Puisqu'elles ne sont pas synonymes, quel rapport entretiennent, entre elles, la dissuasion et la prévention. Le résultat recherché par une action est appelé sa fin, son but ou son objectif²⁹⁴. Un «moyen» est ce qui sert à atteindre une fin, un but ou un objectif quelconque²⁹⁵. Les dommages punitifs ont pour but de prévenir l'inexécution de l'obligation; la dissuasion apparaît comme un «moyen» pour parvenir à cette finalité. En effet, en décourageant quelqu'un de poser un geste qui mettrait en péril la réalisation de l'obligation, on prévient ainsi son inexécution. Ainsi, la

292. Le lecteur voudra bien se rappeler que chacune de ces expressions comprend également l'autre.

293. Il ne faut pas négliger la possibilité d'un comportement fautif par omission.

294. Ludwig von MISES, *L'action humaine* (traduit par Raoul Audouin), Paris, P.U.F. 1966, p. 98.

295. *Ibid.*

mesure exemplaire est un instrument servant à décourager le contrevenant potentiel de commettre une faute et cela, dans le but d'empêcher l'inexécution de l'obligation. C'est pourquoi, la dissuasion ne doit pas être vue comme un *objectif* mais plutôt comme un *moyen* permettant d'arriver à l'objectif visé, à savoir prévenir un défaut d'exécution. Il est vrai que la dissuasion peut elle-même être appréhendée comme une finalité si on la situe par rapport aux dommages punitifs. En effet, ceux-ci peuvent être vus, dans leur matérialité, comme un moyen qui est utilisé à des fins de dissuasion. Mais dans ce cas il s'agirait d'un but intermédiaire, l'objectif ultime demeurant la prévention²⁹⁶.

Par ailleurs, outre la dissuasion il existe d'autres moyens qui sont également susceptibles de parvenir à empêcher un défaut d'exécution. Nous pensons, par exemple, à l'utilisation des dommages punitifs comme moyen pour persuader les débiteurs de bien agir (4.2.3) ou pour avertir les victimes potentielles d'être prudentes (4.2.4). Il ne faut pas négliger non plus la possibilité que la peine privée puisse maintenir les bons débiteurs dans le droit chemin (4.2.5).

4.2.1 Dissuader le contrevenant de poser à nouveaucertains gestes

La dissuasion consiste à obtenir de quelqu'un qu'il renonce à un dessein par peur de nouvelles représailles²⁹⁷. Quoique certains en disent, il est difficile de contester sérieusement l'idée que l'imposition effective d'une peine puisse intimider ceux qui ont déjà été condamnés, au point de créer, chez plusieurs d'entre eux,

296. *Ibid.* L'art. 718 C.cr. énonce que le prononcé d'une peine a pour objectif essentiel de contribuer au respect de la loi et au maintien d'une société juste et paisible par l'infliction de sanctions visant un ou plusieurs objectifs suivants: dénonciation, dissuasion, réparations des torts causés, etc. Il appert que la dénonciation, la dissuasion et autres fonctions ne sont que des *moyens* (qualifiés d'«objectifs») pour atteindre un but (qualifié d'«objectif essentiel»), en l'occurrence le respect de la loi et la maintien d'une société paisible. En effet, en mettant en perspective les expressions «objectif essentiel» et «objectif», on constate que la première réfère au but ultime. Voir aussi: R.P. NADIN-DAVIS, *op. cit.*, note 59, p. 27. L'auteur distingue entre la protection du public, qu'il qualifie de «end», et la dissuasion et autres moyens pour y parvenir qu'il associe à des «means», en disant qu'il s'agit là de «means of achieving the end».

297. Lorsqu'une personne, qui a déjà reçu une peine, s'abstient de poser un acte par crainte de subir une nouvelle peine, nous parlons de «dissuasion spéciale ou spécifique». Quand quelqu'un renonce à commettre un acte en raison de la condamnation infligée à un autre, nous sommes dans le domaine de la «dissuasion générale». Cette dernière sera vue un peu plus loin (*infra*, 4.2.2).

une barrière suffisante pour les empêcher de recommencer²⁹⁸. Il est donc possible d'utiliser la peine privée pour détourner quelqu'un de son projet. Il faut préciser que la «dissuasion» qui est envisagée ici est celle qui s'obtient par la peur engendrée par la menace de nouvelles représailles²⁹⁹. On rapporte que certains auteurs assimilent la peur d'être blâmé et la peur de recevoir une pénalité³⁰⁰. Or, il existe d'importantes différences entre les deux. Celui qui se soumet à la loi par crainte qu'une sanction pénale n'affecte son patrimoine agit par intérêt, non par devoir moral³⁰¹. C'est la peur de recevoir une pénalité qui nous intéresse, puisque nous avons conclu que les dommages punitifs ne correspondent pas à une punition.

On a déjà indiqué qu'il fallait distinguer entre «faute» et «inexécution de l'obligation»³⁰², celle-ci n'étant que la conséquence de celle-là. Comme l'a déjà souligné la Cour suprême, «il importe de ne pas confondre le fait de vouloir commettre un acte fautif et celui de vouloir les conséquences de cet acte»³⁰³. S'agit-il de faire renoncer le débiteur à son intention de commettre un acte fautif ou s'agit-il plutôt de le détourner de son intention de ne pas exécuter l'obligation? Si le législateur avait précisé, à l'article 1621 C.c.Q., que les dommages punitifs ont une fonction dissuasive, l'on devrait peut-être favoriser la deuxième option. En effet, comme la mesure exemplaire s'inscrit dans l'objectif général du pouvoir de contrainte³⁰⁴, il aurait été naturel de relier la dissuasion à la volonté de ne pas exécuter l'obligation. Toutefois, puisqu'il s'agit de prévenir l'inexécution de l'obligation, la dissuasion doit, logiquement, s'attaquer à autre chose que la volonté de ne pas exécuter

298. Si la dissuasion a ses adeptes inconditionnels, on observe aussi d'autres opinions qui vont de la prudence au scepticisme marqué. Au niveau pénal, les sceptiques appuient leurs doutes, entre autres, sur le taux élevé de récidive. Il est vrai que plusieurs accusés sont des récidivistes. Néanmoins, les décisions rapportées ne permettent pas de constater un semblable échec en matière de dommages punitifs. Jusqu'à preuve du contraire, on peut donc présumer que la dissuasion spécifique est efficace. Cependant, il faut reconnaître qu'il s'agit là d'un phénomène difficile à mesurer avec précision. On ne devrait pas refuser d'imposer une peine, sous prétexte que le demandeur n'a pas démontré qu'elle aura un réel effet dissuasif sur le défendeur.

299. Au sujet de la dissuasion qui résulterait non pas de la peur mais d'une prise de conscience, voir: *infra*, 4.3.7.

300. Maurice CUSSON, *Le contrôle social du crime*, Paris, P.U.F., 1983, p. 161.

301. *Ibid.* Voir aussi Nigel WALKER, «The Efficacy and Morality of Deterrents», (1979) *C.L.R.* 129, p. 131: «Conformity due to moral scruples is not deterrence [...] and] conformity through fear of hell is deterrence, not morality».

302. *Supra*, 4.1.

303. *Curateur*, précité, note 7, p. 261, par. 118.

304. À savoir garantir la mise en œuvre du droit à l'exécution de l'obligation.

ter l'obligation. C'est pourquoi nous soumettons qu'il s'agit de dissuader le contrevenant de commettre un acte fautif.

Il y a une autre raison pour laquelle la dissuasion doit s'attaquer à la volonté de commettre une faute plutôt qu'à celle de ne pas exécuter l'obligation. On sait, au niveau de la Charte, que des dommages punitifs peuvent être octroyés lorsque l'atteinte à un droit était *voulue*. Mais ils peuvent également être imposés lorsque l'atteinte, quoique *non voulue*, était très prévisible³⁰⁵. Puisque dissuader c'est s'attaquer à la *volonté*, on voit mal comment il pourrait être question de décourager quelqu'un de porter atteinte à un droit lorsque cette atteinte, quoique très prévisible, *n'était pas voulue*. Par contre, même si l'objectif du contrevenant n'est pas l'atteinte à un droit mais que, par ailleurs, la réalisation de cet objectif entraînera très certainement une atteinte à un droit, il est possible de décourager le débiteur de poser les gestes fautifs qu'il avait envisagé de poser pour arriver à cet autre objectif. En somme, la sanction exemplaire a pour fonction de prévenir l'inexécution de l'obligation. Elle y parvient en décourageant le débiteur de s'engager dans tout comportement fautif qui serait susceptible d'amener une telle inexécution, même si celle-ci n'est pas spécialement voulue.

S'agit-il de dissuader la récidive envers la victime seulement? La jurisprudence nous enseigne que les dommages punitifs sont destinés à «dissuader [le contrevenant] de violer de nouveau les droits du requérant *et de tous les autres citoyens de la société dans laquelle il vit*»³⁰⁶. En outre, on peut dire que le moyen de pression ne vise pas seulement l'obligation particulière qui a été violée mais s'adresse à l'ensemble des obligations protégées par la sanction pénale. Autrement dit, il s'agit de décourager le débiteur de poser à nouveau tout acte fautif qui aurait pour effet d'entraîner l'inexécution de l'une ou l'autre des obligations protégées par la sanction pénale.

4.2.2 Donner un exemple à ceux qui seraient tentés d'imiter le contrevenant

Le débat entourant un procès civil et le jugement qui suit se limitent, en principe, aux seules parties en présence. C'est que le rôle du juge civil est de trancher un litige qui implique deux parti-

305. *Curateur*, précité, note 7.

306. *Corriveau c. Speer*, précité, note 48 (nos italiques).

culiers ayant des vues opposées. Il faut cependant reconnaître que les dommages punitifs ont la capacité d'aller au-delà des seuls intérêts de la victime: d'un contexte strictement privé où la cour arbitre un différent qui oppose deux adversaires, la sanction exemplaire peut devenir le véhicule permettant de sortir de ce cadre traditionnel pour atteindre une dimension plus large. Il n'est pas impossible que la mesure spéciale soit utilisée par le tribunal comme un outil (une sorte de porte-voix) lui permettant d'être entendu par d'autres oreilles que celles du défendeur et ce, dans le but de protéger au-delà de l'intérêt particulier du demandeur. En effet, il est certain que le jugement rendu peut avoir des prolongements dans tout le milieu où s'est déroulé le comportement fautif. Tout le groupe (locataires, consommateurs, etc.) peut tirer profit d'une leçon donnée à un contrevenant, en raison de l'intimidation produite chez les autres débiteurs. S'adressant à ces tiers, à travers la sanction imposée, le juge leur dirait: «ça suffit pour les uns et n'osez pas commencer pour les autres». Les dommages punitifs peuvent revêtir, on le conçoit, une dimension qui dépasse les seules parties en présence. Il est donc possible de les organiser pour veiller au-delà du seul avantage du demandeur. De fait, les tribunaux reconnaissent un effet exemplaire à l'imposition d'une peine et ce, même s'il s'agit là d'une chose difficile à mesurer avec précision.

On peut diviser la population en quatre groupes. Le premier comprend les irréductibles que la peine n'intimide aucunement ou ceux à qui la mise à exécution de la menace fera peu de mal. Il peut s'agir, par exemple, d'une personne insolvable qui n'a rien à perdre, n'ayant rien à saisir. Le deuxième est composé des anormaux et de ceux qui agissent sous le coup d'une impulsion où entrent en jeu de fortes émotions. Pour eux, il est peu probable que la menace puisse les arrêter. En effet, la menace ne peut fonctionner lorsque la passion prédomine sur la raison³⁰⁷. Le troisième réunit les personnes qui, pour des raisons morales ou à cause de l'éducation reçue, respectent la loi indépendamment de toute menace coercitive. Ces bons débiteurs agissent davantage par conviction personnelle que par crainte des sanctions légales³⁰⁸. Le dernier groupe est formé de ceux dont les convictions sont plus

307. D'ailleurs, nous l'avons vu, les atteintes à un droit fondamental résultant d'un acte spontané ou impulsif ne donnent pas lieu à des dommages exemplaires (*supra*, 3.3.4).

308. Nous verrons plus loin comment l'imposition régulière de dommages punitifs peut influencer les bons débiteurs (*infra*, 4.2.5).

fragiles et qui, sans l'existence d'un pouvoir de contrainte, se promèneraient de temps à autre du mauvais côté de la barrière. C'est à cette catégorie d'individus que la dissuasion générale s'intéresse plus particulièrement. En décourageant ces personnes on prévient l'extension des violations de loi.

Plusieurs soutiennent que les dissuasions générale et spéciale³⁰⁹ sont, jusqu'à un certain point, inconciliables³¹⁰. D'une part, on énonce que l'approche générale commande de prendre en considération la gravité objective de l'acte, l'ampleur du problème dans la sphère d'activités où a eu lieu l'inconduite, l'opinion publique face au geste posé, etc.³¹¹. Tandis que, si l'on désire principalement décourager l'accusé de recommencer, il faut accorder plus d'importance à la gravité personnelle du geste, aux antécédents, à sa motivation, à ses possibilités d'amendement³¹². Bref, la première s'intéresse davantage à la norme violée alors que la seconde focalise sur le contrevenant lui-même. D'autre part, l'on dit que si le tribunal perd de vue l'utilité générale de la peine, son souci principal sera la récidive. Dans un tel cas, les raisons d'imposer la sanction pénale paraîtront moins évidentes³¹³, alors qu'un système axé sur la dissuasion générale visera à instaurer une relation quasi automatique entre l'infraction et la peine³¹⁴. Doit-on donner priorité à l'une des deux formes de dissuasion au moment où il est décidé d'imposer ou non une peine privée?

En matière pénale, nous retrouvons différentes opinions sur le sujet. Selon certains, la dissuasion spéciale «peut difficilement être la justification dominante de l'imposition des peines parce

309. Rappelons que la dissuasion spéciale s'adresse au contrevenant même, alors que la dissuasion générale vise les autres contrevenants.

310. Sur l'incompatibilité de ces deux aspects en droit pénal, voir: H. DUMONT, *op. cit.*, note 43, p. 106 à 108.

311. *R. c. Morissette*, (1971) 1 C.C.C. (2d) 307, 310.

312. *Ibid.* Pour démontrer l'incompatibilité, nous pouvons donner l'exemple suivant. Que penser du défendeur qui, entre le moment d'introduction de l'action et l'audition de la cause, a corrigé la situation? Le message envoyé par une condamnation exemplaire n'aurait que peu d'utilité à son égard. Si l'on favorisait la dissuasion spécifique, il ne serait peut-être pas justifié que la sanction soit imposée. Par contre, ces autres qui agissent impunément se diraient sans doute qu'ils n'ont qu'à attendre d'être poursuivis avant de se décider à se conformer aux normes prescrites. La menace de la sanction y perdrait en crédibilité surtout si le comportement est largement répandu. C'est pourquoi la dissuasion générale commanderait une intervention judiciaire. Toutefois, le comportement fautif ayant cessé, la peine pourrait être moindre.

313. M. CUSSON, *op. cit.*, note 163, p. 149 et 150.

314. *Ibid.*

qu'elle reléguerait au second rang une finalité importante du droit pénal et des sanctions, soit celle d'influencer le comportement de tout citoyen en général»³¹⁵. D'autres pensent qu'il est incorrect de donner systématiquement préséance à l'intimidation générale. Ils indiquent que la décision d'accorder priorité à la dissuasion générale ne doit pas résulter d'une politique préétablie mais qu'elle doit plutôt découler de la situation en cause³¹⁶. Quelques-uns énoncent que la dissuasion générale n'est pas quelque chose que le tribunal doit chercher spécifiquement à atteindre. Ils disent que l'intimidation générale n'est pas réalisée par l'imposition d'une sanction en particulier mais par l'utilisation régulière et constante de la mesure exemplaire³¹⁷. En d'autres termes, la dissuasion générale se réaliserait par la peine inscrite dans la loi sous la forme d'une menace abstraite et concrétisée quotidiennement par les jugements portant une telle sanction. Elle s'obtiendrait par la constance des condamnations sans qu'il soit nécessaire d'en faire un objectif spécifique lors de chaque condamnation particulière³¹⁸. C'est pourquoi on doute qu'une sanction particulière, dont la sévérité serait inspirée par des considérations d'exemplarité générale, produise l'effet souhaité³¹⁹.

En ce qui a trait à la peine privée, nous ne voyons pas la nécessité de prendre parti en faveur de l'une ou l'autre des opinions précitées. Les circonstances propres à chaque affaire dicteront la position à adopter. Quoi qu'il en soit, d'un point de vue pratique, on peut penser que le tribunal n'aura connaissance que de la gravité personnelle du geste, des antécédents du défendeur,

315. P. LANDREVILLE, *loc. cit.*, note 10, p. 217. Dans le cas où il y a peu de chances que le contrevenant récidive, on pourrait, *a priori*, trouver contraire à l'esprit qui règne en droit privé d'imposer une sanction exemplaire principalement pour dissuader les autres et non le contrevenant même. Cela ne semble pas être le cas, si l'on s'en remet à l'arrêt *Norberg* (précité, note 7) où le tribunal a reconnu que les risques de récidive étaient quasi inexistantes mais a tout de même infligé une peine pour décourager les tiers: «[m]ême si, en raison de son âge, il est peu probable que cela ait quelque effet dissuasif à [l'égard du défendeur], la nécessité d'une dissuasion générale milite en faveur de dommages-intérêts punitifs» (p. 300).

316. C.C. RUBY, *op. cit.*, note 55, p. 11.

317. M. CUSSON, *op. cit.*, note 163, p. 119, 120 et 148. Voir aussi: A. MANSON, «Finding a Place for Conditional Sentences», (1997) 3 C.R. (5th) 283, p. 291.

318. *Contra*: R.P. NADIN-DAVIS, *op. cit.*, note 59, p. 304.

319. Hélène DUMONT, «La surutilisation de la peine d'emprisonnement: la contribution respective de tous les intervenants de la justice au phénomène et le caractère trop timide de la réforme canadienne pour en réduire l'importance», dans *L'administration de la justice: la perception du public*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 355.

de sa motivation ou de ses possibilités d'amendement. En effet, les magistrats doivent régulièrement se contenter d'une analyse superficielle, à défaut d'une preuve adéquate quant à l'ampleur du problème dans la sphère d'activités où a eu lieu l'inconduite, quant à l'opinion publique face au geste posé, etc.³²⁰. Il demeure que certains décideurs spécialisés dans un champ particulier, tels les régisseurs attitrés à la Régie du logement ou les membres du Tribunal des droits de la personne, ont une bonne connaissance de l'environnement dans lequel la faute a eu lieu. À d'autres occasions, certains représentants agissant au nom de la victime, telle la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, possèdent l'expertise nécessaire pour bien éclairer le tribunal.

4.2.3 Persuader le contrevenant d'en faire plus à l'avenir

On l'a dit, les dommages punitifs ont pour fonction de prévenir l'inexécution d'une obligation. Pour parvenir à cette fin, il existe différentes façons de faire. S'il est reconnu que la peine peut être dissuasive, rien ne l'empêche d'être également persuasive. La dissuasion consiste à obtenir de quelqu'un qu'il renonce à faire quelque chose qu'il a l'intention de faire. La persuasion, au contraire³²¹, vise à amener quelqu'un à faire quelque chose qu'il n'a pas l'idée de faire³²². Il pourra s'agir d'une chose que le débiteur n'a pas encore en tête, faute d'avoir pris le temps ou les moyens nécessaires pour l'avoir présentement en tête. Ou, l'ayant déjà en tête, il ne classe pas cette chose parmi ses priorités. La peine peut servir à convaincre le contrevenant (et les tiers qui sont comme lui³²³) qu'il devra, à l'avenir, en faire un peu plus de manière à réduire les risques d'inexécution. Ainsi, la menace de nouvelles représailles peut, d'une part, écarter la volonté de mal agir (dissuasion) mais aussi, d'autre part, donner la volonté de bien agir

320. Pour un exemple où, pour évaluer l'ampleur générale du problème, le tribunal a pris en considération un rapport démontrant l'existence d'un problème important touchant plusieurs personnes, voir: *Norberg*, précité, note 7.

321. Persuader, c'est le contraire de dissuader. *Le Grand Robert de la langue française* (éd. 1992), «persuader»: amener quelqu'un à croire, à penser, à vouloir, à faire quelque chose; *Le Grand Larousse Universel* (éd. 1995), «persuader»: amener quelqu'un à faire, à vouloir faire quelque chose; *Dictionnaire encyclopédique Quillet-Grolier*, (éd. 1972) «persuader»: déterminer quelqu'un à croire, à faire, à accepter quelque chose.

322. Nous songeons à quelque chose qu'une personne raisonnable aurait eu l'idée de faire.

323. Au sujet de la persuasion générale, on pourra raisonner par analogie avec la dissuasion générale (*supra*, 4.2.2).

(persuasion). Autrement dit, il est possible de recourir aux dommages punitifs non seulement pour décourager le débiteur de poser les gestes qui menacent l'exécution de l'obligation mais aussi pour le convaincre de prendre les actions qui sont susceptibles de favoriser cette exécution.

Dans certaines circonstances, il pourrait donc être acceptable de sanctionner celui qui, eu égard à la situation, n'a pas fait des efforts raisonnables pour assurer, autant que faire se peut, l'exécution de l'obligation. Par exemple, il se peut que, dans une situation donnée, certains coûts soient rattachés à la mise en place de mesures susceptibles d'assurer l'exécution de l'obligation. Sans vouloir manquer à ses obligations, un débiteur pourrait choisir de sauver ces frais, tout en espérant mener à bien l'engagement contracté ou la règle de conduite qui s'impose à lui. Si par malheur il échoue, on pourrait lui en tenir rigueur, s'il apparaît que les mesures en question auraient pu empêcher le défaut d'exécution et qu'il était probable que sans ces mesures un tel défaut surviendrait. Ici, la peine peut le persuader d'encourir ces frais pour garantir l'exécution de l'obligation³²⁴. L'on peut excuser le débiteur qui a fait diligence dans la mise en place de moyens favorisant l'exécution de l'obligation et ce, même si l'inexécution a tout de même eu lieu³²⁵. Toutefois, on devrait sanctionner celui qui n'a rien fait pour empêcher la contravention ou qui s'est contenté de trop peu³²⁶, alors que par un effort raisonnable il aurait pu éviter l'inexécution qui, bien que non souhaitée, paraissait prévisible.

324. Voyons comment la persuasion peut jouer au niveau de l'application de l'art. 49 de la Charte. Il y aurait atteinte intentionnelle si l'atteinte illicite, bien que non voulue, paraissait certaine ou presque certaine et que cette atteinte aurait pu être évitée par les actions du débiteur. Le redressement exemplaire peut persuader le fautif qu'il est de son intérêt de poser les gestes qui sont susceptibles d'empêcher l'atteinte à un droit, lorsque sans ces gestes il est certain ou presque certain que cette atteinte se produira.

325. «Nos tribunaux ont retenu qu'une sanction à caractère pénal ne devrait pas être imposée à celui qui a pris toutes les précautions auxquelles aurait eu recours une personne raisonnable placée dans des circonstances analogues» (*Picard c. Ouellet*, J.E. 97-1868 (C.S.)).

326. Nous ne voyons rien de choquant à dire que le débiteur qui n'a pas pris les mesures nécessaires pour s'assurer de l'exécution de l'obligation puisse se voir imposer une peine, même si, moralement, il n'a rien à se reprocher. Soulignons qu'au niveau de l'appréciation du quantum il y a place pour différencier entre le défaut de mettre en place quelque mesure que ce soit et la présence d'un certain effort mais insuffisant dans les circonstances.

Par ailleurs, il faut se rappeler que certaines dispositions tiennent implicitement l'employeur responsable du paiement de la mesure pénale même si la faute est l'œuvre de son employé³²⁷. Là aussi, les dommages punitifs peuvent non seulement dissuader le commettant de participer à une faute mais aussi servir à le persuader de se montrer vigilant envers ses préposés. Nous songeons au maître qui, par son inaction, peut avoir permis indirectement la perpétration du méfait ou avoir créé des conditions propices à sa réalisation. Il peut en être ainsi lorsqu'il a omis ou négligé, soit de vérifier les compétences du postulant lors de l'embauche, soit de surveiller adéquatement au jour le jour les activités du salarié, soit de donner des instructions précises, ou encore, soit de réagir promptement et efficacement une fois informé de l'inconduite de son préposé. En supposant l'absence de participation directe du patron dans l'inexécution³²⁸, la menace de se voir imposer des dommages punitifs pourrait amener l'employeur à un effort de vigilance accru face à ses employés. On conçoit que l'employeur doive jouer un rôle actif au sein de son entreprise. Il ne lui suffit pas de s'abstenir de poser un geste répréhensible pour être sans reproche; il a également une obligation positive de prendre certaines actions et de gérer adéquatement son personnel. Il doit, par exemple, s'assurer que chacun respecte la loi lors de l'exécution de ses tâches. Cela passe, entre autres, par des sessions de formation ou par la mise en place de programmes destinés à cette fin.

4.2.4 Avertir les victimes potentielles d'être prudentes

En droit pénal provincial, on utilise parfois la peine comme un moyen pour dénoncer une violation à la loi. Il faut mentionner que cette forme de dénonciation diffère de celle qui consiste à désapprouver un comportement moralement répréhensible. Il s'agit, dans le premier cas, d'aviser publiquement, de mettre la population au courant d'une chose. C'est le cas, par exemple, d'un restaurateur à qui une pénalité est imposée par suite d'une infraction relative à la malpropreté. C'est dans cette optique que l'amende provinciale est parfois utilisée³²⁹. Au niveau criminel, la dénonciation³³⁰ va plus loin, puisqu'elle implique, en sus, un juge-

327. *Supra*, 3.1.3(A).

328. La participation directe du patron s'éliminerait plutôt par la dissuasion.

329. M. BRISSETTE, *loc. cit.*, note 228, p. 244.

330. Art. 718a) C.cr.

ment de valeur sur la conduite du contrevenant³³¹. C'est à la première forme de dénonciation que nous nous attardons ici, c'est-à-dire celle qui a un caractère moralement neutre.

L'imposition d'une peine permet de mettre en évidence le fait que ce n'est pas par simple malchance que le défendeur a failli à ses obligations mais par mauvaise volonté³³². Par le fait même, cela permet d'aviser les tiers qu'ils doivent être prudents vis-à-vis de cette personne. L'avertissement résultant de l'imposition d'une pénalité consiste à dire aux victimes potentielles de se méfier du défendeur car il est peu soucieux de respecter ses obligations. De sorte que les victimes potentielles soit s'éloigneront du contrevenant pour ne pas courir de risque, soit redoubleront de prudence dans leurs rapports avec le fautif. Dans les deux cas, on arrive à prévenir davantage l'inexécution de l'obligation. Notons, cependant, qu'il ne faut pas trop se faire d'illusion au sujet d'un tel moyen pour prévenir un défaut d'exécution. D'une part, le citoyen ordinaire consulte peu la jurisprudence. D'autre part, sauf quelques rares exceptions, les condamnations exemplaires ne soulèvent guère l'intérêt des médias d'information. Il n'empêche que certains regroupements, par exemple une association de consommateurs, ont l'habitude de signaler à leurs membres certaines décisions qui les touchent plus particulièrement.

4.2.5 Maintenir les bons débiteurs dans le droit chemin

Qu'ils soient d'accord ou non avec les normes édictées par l'État, plusieurs individus acceptent néanmoins de s'y conformer et ce, sans qu'il soit vraiment nécessaire de brandir la menace d'une sanction quelconque³³³. Toutes ces personnes n'ont donc pas besoin d'être spécialement intimidées par la présence d'une sanction pénale dans la loi. Par conséquent, les dommages punitifs ne

331. Hélène DUMONT, «De la Loi C-41 à la Loi C-55: la détermination de la peine avec une main de fer dans un gant de velours», dans *La détermination de la peine: une réforme pour hier ou pour demain*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, 83, p. 90: «La dénonciation d'une conduite illégale fait référence à la désapprobation publique de la conduite criminelle et à la condamnation collective du tort causé par l'activité criminelle».

332. Nous disons bien «mauvaise volonté» et non «mauvaise foi». Pour la distinction, voir: *infra*, 5.4.

333. Nous visons, ici, les personnes qui se conforment aux règles édictées pour d'autres raisons que la seule crainte de voir la victime recourir à un ou plusieurs moyens de contrainte mis à sa disposition. Notons qu'il dépasse le cadre du présent texte d'analyser les différents motifs qui poussent ces personnes à s'exécuter indépendamment de l'existence de sanctions externes.

s'adressent pas vraiment à cette majorité de bons débiteurs³³⁴. Toutefois, il faut savoir que l'imposition d'une peine peut reconforter ceux qui ont choisi de suivre les normes édictées et, ainsi, éviter un phénomène de désaffection envers elles. En effet, pour la personne soucieuse de se conformer à ses obligations, il pourrait être frustrant de voir son voisin profiter du fait que les autres se soumettent à la norme alors que ce même voisin s'empresse d'y contrevenir. Quel spectacle désolant que de constater être le seul à respecter la loi. Cela pourrait amener certains individus à réviser leur position. C'est pourquoi, indirectement, l'application de la sanction pénale peut empêcher une telle érosion, en maintenant les bons débiteurs dans le droit chemin. «[L]e but poursuivi n'est pas simplement de dissuader les délinquants éventuels, bien que cela soit aussi le cas, mais d'encourager les bons citoyens en leur démontrant que leurs sacrifices ne sont pas et n'auront pas été vains»³³⁵. Il faut souligner que cette dernière justification demeure utilitariste dans son fondement et dans son objectif. Ainsi, même si on a l'habitude de mettre l'accent sur la protection des victimes (actuelles ou potentielles) et sur le message adressé aux autres contrevenants (accomplis ou en puissance), la sanction pénale est également susceptible de préserver l'intérêt des autres débiteurs plus respectueux de la loi.

Pour appuyer nos propos, nous donnerons l'exemple suivant. Un restaurateur pourrait interdire l'accès aux enfants en bas âge, parce qu'ils sont bruyants. À supposer que la population avoisinante aime prendre un repas dans la plus totale tranquillité, ce commerçant pourrait obtenir une certaine clientèle qu'il n'aurait pas eue autrement. Il n'est pas impossible qu'il se produise un déplacement de consommateurs, vers le contrevenant, à la défaveur d'une autre entreprise qui s'abstient d'instaurer une telle pratique illégale³³⁶. On comprendra qu'il faut éviter que le bon restaurateur, à son tour, ne manque à la loi dans l'espoir de retrouver la part de marché perdue. Nous respectons les règles du jeu, en autant que les autres, qui enfreignent les règles, ne soient pas avantagés. Il ne faut pas avoir le sentiment d'être perdant en respectant la loi. En retirant à l'auteur de l'atteinte illicite et intentionnelle le profit réalisé à la suite de la pratique illégale, la justice souligne indirectement qu'elle a à cœur les intérêts des

334. Le législateur ayant pris soin de stipuler que la bonne foi se présume toujours (art. 2805 C.c.Q.), nous osons croire que les bons débiteurs sont majoritaires.

335. P.C. WEILER, *loc. cit.*, note 10, p. 154.

336. Voir les art. 10 et 15 de la Charte.

bons débiteurs. Ainsi, ceux qui agissent correctement n'auront pas l'impression que, tout compte fait, le défaut d'exécution est préférable parce qu'il est plus payant³³⁷.

4.3 La réprobation³³⁸

Une sanction criminelle n'est pas seulement un désagrément infligé au délinquant, dit-on, mais aussi un moyen par lequel la collectivité exprime son indignation à l'égard de certains actes³³⁹. C'est que, de nos jours, la justice rétributive appliquée officiellement par les tribunaux pénaux est rarement liée à un sentiment de vengeance. On considère que l'imposition d'une sanction, dans la mesure où elle correspondrait à une forme de vindicte, serait inacceptable. Pour évacuer l'adéquation punition-vengeance on fait appel à des concepts de substitution, telle la réprobation, qui permettent de rendre plus acceptable l'infliction d'une punition³⁴⁰. Ces concepts n'en demeurent pas moins associés au rétributivisme³⁴¹ ce qui, de prime abord, exclut la désapprobation comme moyen³⁴² pour prévenir l'inexécution de l'obligation. En effet, la réprobation est avant tout orientée vers le passé, même si accessoirement elle peut avoir un effet dissuasif pour l'avenir. Les tribunaux ont cependant fait si souvent usage de la peine pour désapprouver une conduite irrespectueuse des valeurs sociales que cela mérite que nous nous y attardions longuement³⁴³. À cet égard, nous verrons qu'il est très douteux que l'on puisse utiliser les dommages exemplaires à des fins de réprobation sociale (4.3.1 à 4.3.6).

Par ailleurs, certaines personnes attribuent à la réprobation des vertus pédagogiques à caractère utilitaire. Ils croient possible

337. Après tout ne nous réitère-t-on pas régulièrement que le crime ne paie pas. Si l'inexécution procure au contrevenant un bénéfice net, même après avoir dédommagé la victime, c'est que le crime est, contrairement à ce qui est enseigné, profitable.

338. Comme c'est dans le cadre de l'application de l'article 49 de la Charte que la *réprobation* serait la plus susceptible d'intervenir, nous l'analyserons principalement à travers cette loi.

339. *R. c. M. (C.A.)*, précité, note 21, p. 558; J. ANDENAES, *op. cit.*, note 29, p. 112.

340. H. DUMONT, *op. cit.*, note 43, p. 121 et 122.

341. Pour un exemple où l'on relie expressément la réprobation au rétributivisme, voir: Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, *op. cit.*, note 62, p. 156.

342. Rappelons que, à l'instar de la dissuasion, la réprobation, si elle était permise, constituerait un *moyen* et non un *but* (*supra*, 4.2).

343. En matière pénale, la dénonciation est d'ailleurs spécifiquement prévue à l'article 718a) C.cr.

d'influencer le contrevenant, pour l'avenir, en l'amenant à changer d'attitude par conviction personnelle. C'est pourquoi on énonce que la dénonciation devrait être infligée d'une manière propre à enseigner les valeurs communes que partage la collectivité³⁴⁴. Ainsi, on pourrait envisager de dénoncer la violation d'un droit fondamental en lui associant une dimension éducative envers l'auteur de l'atteinte illicite et intentionnelle. Nous songeons, ici, à une forme d'enseignement étroitement lié à la réprobation de l'inconduite et qui tendrait à faire comprendre et accepter l'objet et les dispositions de la Charte³⁴⁵. Il s'agirait, d'une part, de conscientiser le délinquant à la gamme des libertés et droits fondamentaux reconnus par la société québécoise et, d'autre part, de le convaincre moralement qu'il vaut mieux respecter ces libertés et droits fondamentaux. Si on arrivait à faire appel au sens moral ou à la conscience sociale du fautif, il acquerrait une motivation intérieure lui permettant de résister à toute nouvelle envie de recommencer. L'objectif serait donc d'amener le délinquant à ce qu'il se conforme à la Charte non par crainte des sanctions légales qui y sont prévues mais par conviction personnelle. À notre avis, il y a peu d'espoir que la motivation induite par l'imposition du redressement exemplaire aille au-delà de vouloir éviter la sanction pénale. Autrement dit, il est peu probable qu'un réel effet éducatif puisse jouer sur le contrevenant ou les autres qui sont comme lui (4.3.7).

4.3.1 Le redressement exemplaire n'est pas précédé d'un constat public et officiel de culpabilité

En droit pénal, on peut distinguer la déclaration de culpabilité de la conséquence désagréable (c.-à-d. la sentence) qui s'ajoute par la suite. La première constitue un constat public et officiel à l'effet que le tribunal désapprouve le comportement fautif. La seconde permet d'exprimer symboliquement l'étendue de cette désapprobation, en proportionnant la sévérité de la condamnation avec l'ampleur du reproche. La sanction participe donc, elle aussi, à la réprobation en raison du fait qu'elle véhicule cette équivalence symbolique. Cependant, elle n'apparaît pas essentielle en regard de la dénonciation, puisqu'il arrive qu'aucune peine ne soit imposée à la suite du verdict de culpabilité. C'est que ce dernier produit déjà par lui-même un certain stigmatisme, dès lors que le

344. *R. c. M. (C.A.)*, précité, note 21, p. 558 et 559 (j. Lamer).

345. Voir l'art. 71(4) de la Charte.

délinquant se voit officiellement reconnu coupable. Par conséquent, il peut être superflu d'imposer une sanction quelconque si, dans les circonstances, la déclaration de culpabilité suffit à elle seule à exprimer entièrement l'étendue de la désapprobation sociale³⁴⁶. On pourrait donc conclure que la désapprobation repose, en premier lieu, sur le verdict de culpabilité et non sur la sentence qui s'ajoute par la suite³⁴⁷. En effet, si celle-ci était nécessaire pour atteindre cet objectif, son absence priverait le processus de toute valeur dénonciatrice.

Contrairement à la sentence, le redressement exemplaire n'est pas précédé d'un constat public et officiel de culpabilité à l'endroit du défendeur³⁴⁸. La peine privée apparaît donc handicapée au niveau d'un constat public équivalent à dénonciation, si elle veut réussir à exprimer correctement la désapprobation judiciaire. Certes, le tribunal déclarera qu'il «accueille la demande»³⁴⁹. Mais, il n'y a là rien de comparable avec le jugement rendu dans le cadre d'un procès pénal où l'on «déclare l'accusé coupable». D'ailleurs, si une dénonciation quelconque résidait dans la déclaration judiciaire civile qu'il y a lieu, dans les circonstances, «d'accueillir l'action», le montant accordé prendrait une importance différente. Il ne serait pas impossible de voir apparaître, à l'occasion, l'imposition d'une somme symbolique, voire même

346. Il est vrai que d'autres facteurs, telle la publicité entourant le procès, peuvent être considérés comme créant également un stigmate pour le délinquant, rendant inutile une sentence additionnelle.

347. Certains sont d'avis que la population manifeste un certain désintérêt à l'égard de la sentence, «se suffisant de la déclaration de culpabilité considérée comme seul enjeu judiciaire excitant l'imagination» (Godefroy du MESNIL du BUISSON, «Justice et châtement: de nouvelles attentes pour la peine», (1998) *Rev. sc. crim. et dr. pén. comp.* 255, 256). D'autres, par contre, attachent une importance à la sentence, en soulignant que sa modulation permet de rendre compte de la gravité relative de l'infraction (P.C. WEILER, *loc. cit.*, note 10, p. 149). Certes, l'absence d'une peine peut empêcher de connaître le niveau de réprobation sociale à l'égard de l'inconduite. Il demeure que c'est le constat public et officiel qui est essentiel à la réprobation (N. WALKER, *op. cit.*, note 106, p. 24) et que celle-ci ne requiert pas d'être automatiquement suivie d'une sentence (N. WALKER, *op. cit.*, note 106, p. 30 et 31). En outre, n'est-il pas exact que les peines auxquelles ont été condamnés les inculpés sont vite oubliées alors qu'on se rappelle plus longtemps que telle ou telle personne a été reconnue coupable?

348. Notons qu'il s'agit là d'un élément fondamental de distinction entre une sanction d'ordre civil et une sanction d'ordre pénal. Voir: P.C. WEILER, *loc. cit.*, note 10, p. 121.

349. Mentionnons que, dans ses enseignements actuels, le Barreau du Québec recommande de ne plus écrire cette conclusion dans l'acte introductif d'instance. On considère que, en faisant droit aux autres conclusions, le tribunal «accueille» implicitement l'action ou la requête.

aucune somme, lorsque le contrevenant serait suffisamment rabroué par le simple fait que l'action est accueillie. Or, si le tribunal pénal peut se contenter de déclarer l'accusé coupable sans y ajouter autrement une peine, le tribunal civil ne saurait, d'une part, accueillir l'action et, d'autre part, en rester là³⁵⁰. Quant à l'utilisation d'une condamnation symbolique, il y a lieu d'élaborer un peu plus. Voyons cela.

En common law on a recours aux «*nominal damages*» lorsqu'un droit du demandeur a été violé sans qu'un quelconque préjudice en ait résulté³⁵¹. Le montant accordé est généralement dérisoire, la somme de un dollar étant souvent accordée à ce titre³⁵². En France, le «franc symbolique» remplit une fonction analogue³⁵³. Dans les deux cas, l'attribution d'une somme quelconque, même très minime, donne au juge l'occasion de prononcer une déclaration de responsabilité civile. La sanction imposée n'est donc qu'un prétexte pour pouvoir prononcer une condamnation judiciaire laquelle est équivalente à une condamnation morale³⁵⁴. Autrement dit, l'imposition d'une somme symbolique n'est qu'une excuse pour atteindre une autre fin, à savoir la réprobation du contrevenant. Ici, l'essentiel du jugement réside dans le reproche sous-entendu accompagnant la condamnation nominale³⁵⁵. On reconnaît donc une valeur symbolique de désapprobation à la déclaration de responsabilité civile laquelle déclaration s'apparente à la déclaration pénale de culpabilité. Qu'en est-il chez nous?

350. Le processus disciplinaire est plus près du droit pénal que ne l'est le droit civil. Comme en droit pénal, on procède en deux étapes. Il y a, tout d'abord, la déclaration de culpabilité et, ensuite, le prononcé de la sanction. Pourtant, la loi oblige à imposer une ou plusieurs des sanctions prévues à l'art. 156 du *Code des professions* (L.R.Q., c. C-26), si le professionnel est reconnu coupable. N'est-ce pas parce que, en matière disciplinaire, le simple constat de culpabilité est insuffisant à atteindre, par lui-même, un objectif quelconque? *A fortiori*, le simple fait d'accueillir une action civile ne saurait être un objectif en lui-même. Ajoutons que la sanction disciplinaire n'exprime pas la désapprobation du public à l'égard d'un acte socialement répréhensible (Mario GOULET, *Le droit disciplinaire des corporations professionnelles*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 24). Ne devrait-on pas arriver à la même conclusion avec la sanction civile?

351. S.M. WADDAMS, *The Law of Damages* (looseleaf edition), Toronto, Canada Law Book, 1998, chap. 10. L'expression «*nominal damages*» est parfois traduite par «dommages-intérêts symboliques». Voir, par ex.: *Norberg*, précité, note 7, p. 245 et 263.

352. S. M. WADDAMS, *op. cit.*, note 351.

353. Suzanne CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 1995, n° 28, p. 30.

354. Ph. BERTIN, *Gaz. Pal.*, 1987, III, Doct. 685.

355. P. ESTOUP, *Gaz. Pal.*, 1988, I, Doct. 203.

Au Québec, il arrive que les tribunaux accordent une compensation sous le nom de «dommage nominal»³⁵⁶. Toutefois, le demandeur doit apporter la preuve qu'un dommage véritable a été subi. Il s'agit en fait d'une indemnité forfaitaire qui, de l'avis du tribunal, couvre à peu près adéquatement le préjudice lorsque celui-ci est difficile à quantifier avec précision. Si la preuve ne permet pas d'établir un dommage quelconque, une telle indemnité ne sera pas accordée même s'il est démontré qu'une faute grave a été commise ou qu'une obligation a été violée. Par conséquent, il s'agit bien d'une réparation et non d'une réprobation qui se ferait sous le couvert de dommages nominaux. Quant aux «dommages-intérêts symboliques»³⁵⁷, contrairement au droit anglais ou français, les tribunaux québécois ne peuvent en accorder pour sanctionner la violation d'un droit subjectif car seule la réparation du préjudice causé est admise en matière de responsabilité civile³⁵⁸. Ainsi, chez nous, on ne peut recourir à une condamnation symbolique en dommages-intérêts dans le but de permettre une déclaration de responsabilité civile pour équivaloir à une dénonciation publique. Qu'en est-il au niveau des dommages punitifs? Vraisemblablement, la même conclusion vaut pour la sanction pénale. À notre connaissance, en effet, on ne retrouve pas dans les jugements rendus au cours des dernières années des peines nominales de un dollar. Même plus, on dit que l'aspect préventif et dissuasif des dommages exemplaires commandent qu'ils ne soient pas simplement nominaux³⁵⁹. Aussi faut-il croire que l'utilisation d'une peine symbolique, comme prétexte à une condamnation judiciaire équivalente à une condamnation morale, est contraire aux principes du droit québécois.

À défaut de pouvoir s'appuyer sur une déclaration officielle³⁶⁰ de culpabilité, peut-on s'en remettre uniquement aux dommages punitifs pour atteindre l'objectif de réprobation? Il ne suffit pas que le tribunal énonce que la peine qu'il impose vise à désapprouver le délinquant pour reconnaître une autonomie symbolique. Encore faudrait-il que l'association symbolique entre «dommages punitifs» et «désapprobation sociale» soit généralement admise par les membres de la société. À défaut de retrouver

356. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 39, n° 252, p. 179; n° 1251, p. 725; n° 1255, p. 730.

357. Voir à la note 351.

358. *Aubry c. Vice-Versa*, [1998] 1 R.C.S. 591, p. 620.

359. *C.D.P.D.J. c. Caci*, J.E. 98-2279 (T.D.P.Q.), par. 34.

360. C.-à-d. qui se ferait sous le couvert d'une condamnation nominale et symbolique.

une telle convention au sein de la population, on pourrait difficilement reconnaître une valeur dénonciatrice aux dommages punitifs. À cet égard, on doit dire que, si la sanction criminelle est un moyen communément reconnu par lequel la société exprime son indignation, une sanction civile n'a pas le même pouvoir symbolique de condamnation publique³⁶¹. Selon nous, même s'il possède un caractère pénal, on peut difficilement dire du redressement exemplaire qu'il correspond, auprès des Québécois, à une mesure lourde de signification morale ou sociale. Certes, nous ne disposons d'aucune étude sociologique pour affirmer cela. Mais il n'y en a pas, non plus, pour dire le contraire. En outre, en comparant certaines choses, il est possible de soutenir davantage notre position. Voyons cela.

Une personne peut être condamnée à une amende de cinq mille dollars à la suite d'un vol ou se voir imposer des dommages punitifs pour le même montant en raison de l'atteinte intentionnelle à la jouissance paisible d'un bien³⁶². Au niveau du compte de banque du contrevenant, le résultat est le même. La différence est que, dans le premier cas, le déboursé intervient dans un cadre disgracieux: procès criminel avec tout ce que cela implique (réputation entachée, dossier criminel, etc.). La même remarque vaut si l'on compare une ordonnance de dommages punitifs aux termes de l'article 194 C. cr. et une condamnation en dommages punitifs en vertu de l'article 49 de la Charte. C'est pourquoi, si l'imposition d'une peine privée impliquait une attitude de désapprobation, il ne fait pas de doute qu'une telle attitude ne serait que très faiblement comparable à celle qu'implique le recours à une peine criminelle. De sorte que l'aspect utilitaire du redressement exemplaire l'emporterait largement sur la condamnation morale qui pourrait coexister accessoirement³⁶³.

4.3.2 *Le redressement exemplaire n'est pas réclamé par l'État mais par un individu*

Si la peine devait servir à dénoncer publiquement l'inconduite, cela impliquerait que la sanction pénale assure un rôle de

361. M. van de KERCHOVE, *op. cit.*, note 28, p. 356.

362. Art. 6 de la Charte.

363. L'idée d'utiliser le droit pénal comme un instrument de prévention des comportements prohibés est largement répandue (M. van de KERCHOVE, *op. cit.*, note 28, p. 389). Cependant, même là, on reconnaît l'existence d'une dimension symbolique qui coexiste avec la dimension utilitaire (*ibid.*), du moins en ce qui concerne la peine d'emprisonnement. Quant à la peine d'amende, certains doutent qu'elle puisse emprunter une telle dimension symbolique (*infra*, 4.3.5).

protection de la société en tant qu'entité. Dans la mesure où les dommages punitifs sont demandés à l'initiative d'un individu, et non par l'État, peut-on vraiment voir dans le jugement rendu l'expression d'une réprobation sociale? Une peine non rémissible par les particuliers, même par le plaignant, vise à protéger les intérêts de tous les habitants en général³⁶⁴. Par contre, la sanction qui requiert l'autorisation de la victime ne vise pas à protéger la communauté en tant que telle³⁶⁵. Or, si le demandeur renonce à réclamer des dommages punitifs, ni le juge qui préside le procès ni l'État n'y pourront rien car le tribunal ne peut octroyer des dommages punitifs sans une demande formelle de la victime³⁶⁶. Puisque seule cette dernière peut décider de requérir ou non une peine, celle-ci peut difficilement être considérée comme une demande du groupe social. Autrement, dans le cas où la punition ne serait pas demandée, on devrait en déduire que la communauté n'éprouve aucune répulsion face à l'inconduite.

Ensuite, comme c'est un particulier, et non un représentant désigné par le groupe, qui décide du montant à réclamer, est-ce que la population y verra réellement une équivalence symbolique entre le montant de la peine et le niveau de répulsion sociale? La C.R.D.O. voit une dimension sociale dans le prononcé d'une condamnation exemplaire³⁶⁷. Un des motifs à l'appui de cette position est que les dommages exemplaires sont «a proof of the detestation of the jury to the action itself»³⁶⁸. Or, chez nous, ce n'est pas un jury (c.-à-d. les représentants du groupe social) qui décide du montant à octroyer mais le juge. Quant à ce dernier, son rôle est d'arbitrer un litige qui oppose deux particuliers et non de prendre fait et cause pour la société. Certes, il décidera de la somme finalement octroyée. Mais cela fera suite aux prétentions et représentations d'un individu nullement mandaté par la société pour la représenter. Ajoutons que la punition est censée représenter la juste valeur de ce que le contrevenant mérite et non le montant qu'il aurait pu négocier dans le cadre d'un règlement hors cour³⁶⁹. Or, la transaction civile n'a pas à être approuvée par le tribunal et ce, contrairement au «*plea bargaining*», qui, dans tous les cas, demeure sujet à

364. M. BRISSETTE, *loc. cit.*, note 228, p. 239.

365. On peut aussi ajouter que, contrairement au droit pénal, les dommages punitifs ne peuvent intervenir que s'il y a une victime particulière.

366. *Développements Iberville Ltée c. Téléson Electronique inc.*, J.E. 96-1907 (C.A.); *Juneau c. Taillefer*, [1996] R.J.Q. 2219 (C.A.).

367. C.R.D.O., *op. cit.*, note 8, p. 33.

368. *Ibid.*

369. B. CHAPMAN et M. TREBILCOCK, *loc. cit.*, note 43, p. 792.

révision par le tribunal³⁷⁰. Si le groupe n'a aucun droit de regard, même par l'intermédiaire du juge, c'est bien parce qu'il ne retire ni ne perd rien de la mesure exemplaire. En fait, au civil, un règlement hors cour intervient lorsque le demandeur trouve acceptable pour lui-même, et non pour la société, la proposition de règlement. Qui plus est, l'entente à l'amiable est régulièrement soumise à une clause de confidentialité!

Par ailleurs, si l'on permettait à la victime de réclamer une punition au lieu d'une pénalité, il est à craindre que le jugement rendu prenne davantage l'apparence d'une vengeance privée que d'une dénonciation publique³⁷¹. Les rétributivistes énoncent qu'on ne saurait parler de réprobation que si le réclamant occupe une position hiérarchique supérieure à celle du défendeur³⁷² et que c'est en cette qualité qu'il réclame³⁷³. Or, les dommages punitifs interviennent souvent en l'absence d'un rapport hiérarchique quelconque ou, si un tel rapport existe, c'est souvent le subordonné qui réclame au maître. Dans tous les cas où deux particuliers s'affrontent, ces mêmes rétributivistes parlent plutôt de vengeance privée, lorsque la mesure vise à désapprouver le défendeur³⁷⁴. Ainsi, la punition risque d'être perçue comme une vengeance personnelle qui serait admise simplement parce qu'elle serait exprimée par l'intermédiaire des tribunaux. N'y a-t-il pas là un problème éthique? C'est pourquoi, il est préférable de permettre à la victime de réclamer uniquement une pénalité.

Mentionnons, en terminant, que le Code criminel est censé contenir les valeurs communes que partage l'ensemble des Canadiens. Il y a, du fait de l'inclusion d'un crime dans le Code criminel, une dimension symbolique. La norme adoptée et inscrite dans la loi correspond à une valeur commune. On peut concevoir l'existence d'un rapport entre l'objectif d'une loi et l'objectif des sanctions énoncées dans cette loi. L'un des buts du Code criminel est de protéger les valeurs que partage la société canadienne.

370. En effet, au pénal le juge n'est pas lié par les représentations communes sur sentence (H. DUMONT, *loc. cit.*, note 319, p. 372), car cette dernière est une affaire d'intérêt public qui ne doit pas être l'objet de la seule volonté des procureurs (H. DUMONT, *op. cit.*, note 43, p. 197).

371. En matière criminelle, on postule que «l'intégration de la victime au processus pénal donne [...] accès à l'expression concrète d'un sentiment de vengeance» (H. DUMONT, *op. cit.*, note 43, p. 132).

372. État à citoyen, commettant à préposé, parent à enfant, professeur à élève, etc.

373. C. DEBUYST, F. DIGNEFFE et A. P. PIRES, *op. cit.*, note 34, p. 177.

374. *Ibid.*

C'est pourquoi, l'on conçoit la peine comme un moyen d'exprimer le mécontentement social lorsqu'une de ces valeurs n'est pas respectée. La mesure coercitive permet de réaffirmer l'importance sociale de la norme et de démontrer le caractère antisocial de l'inconduite. De son côté, la Charte reconnaît des droits individuels. Logiquement, les sanctions qui y sont prévues devraient s'inscrire dans une dynamique de protection de ces droits individuels. N'y aurait-il pas un certain paradoxe à dénoncer un comportement comme antisocial et, ainsi, promouvoir les intérêts de la société tout entière, alors que la Charte vise à protéger l'exercice de droits individuels? Si l'auteur de l'atteinte intentionnelle est sanctionné ce n'est pas parce que nous voulons lui inculquer les idées de la majorité mais simplement pour lui faire savoir qu'il a dépassé certaines limites en exerçant ses propres libertés individuelles. Il ne s'agit pas là d'un rôle attribué uniquement à l'article 49 de la Charte. En effet, les autres dispositions, tel l'article 272 L.P.C., visent aussi à faire savoir au débiteur qu'il est allé trop loin.

4.3.3 La réprobation peut donner lieu à une condamnation qui excède la fonction préventive

Le principe de proportionnalité³⁷⁵ combiné avec la finalité de la dénonciation³⁷⁶ peut donner lieu à des peines sévères³⁷⁷. En droit pénal, «[l]a Cour suprême a en effet démontré [...] que le principe de proportionnalité permettait de mesurer la peine en fonction de la gravité du crime mais perçue à travers l'aversion collective qu'il suscite»³⁷⁸. Cela peut entraîner des sentences qui dépassent le seuil au delà duquel la condamnation ne produit plus aucun effet dissuasif³⁷⁹. Les politiciens nous répètent régulièrement que la société québécoise est l'une des plus tolérantes parmi les pays industrialisés. Si la communauté en vient à avoir le dégoût face à une inconduite particulière, il faut que la faute commise soit très importante. Pour arriver à exprimer correctement la portée de ce dégoût, la sanction exemplaire se devrait d'être à la mesure du niveau de répulsion de la société. Par conséquent, une peine imposée dans cette perspective serait inévitablement

375. Voir l'art. 718.1 C.cr. Le principe de proportionnalité consiste à mesurer la sévérité de la peine en proportion de la gravité de l'infraction et du degré de culpabilité morale du contrevenant.

376. Voir l'art. 718a) C.cr.

377. H. DUMONT, *loc. cit.*, note 331, p. 87 et 91.

378. *Id.*, p. 91.

379. C.C. RUBY, *op. cit.*, note 55, p. 15. N. WALKER, *op. cit.*, note 106, p. 122.

sévère. Si la dénonciation devait primer lors de l'attribution de dommages punitifs, il n'y aurait pas lieu de limiter la sévérité de ceux-ci à ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive³⁸⁰. Autrement, on risquerait de ne pas assez sanctionner pour exprimer en totalité la réprobation judiciaire. Ainsi, le plus souvent la mesure exacte de la sanction destinée à dénoncer le comportement fautif serait plus importante que ce qui est nécessaire à dissuader le contrevenant et les tiers. Il nous semble donc que la limite prévue au premier alinéa de l'article 1621 C.c.Q. est un frein à l'utilisation des dommages punitifs à des fins de dénonciation.

Par ailleurs, le principe de proportionnalité combiné avec la finalité de la dénonciation peut donner lieu à une peine insuffisamment sévère. On songe, par exemple, à celui qui commet une faute moyenne donnant lieu à un préjudice minime, voire aucun préjudice, mais rapportant à son auteur un bénéfice illicite très important. Dans un tel cas, si l'on veut que la condamnation soit efficace, il faudrait mettre de côté l'idée de mesurer la sanction pénale en fonction du niveau de réprobation sociale. En effet, celle-ci pourrait s'avérer insuffisante à retirer tout le bénéfice illicite. Ainsi, une application universelle de la dénonciation est compromise, ce qui devrait exclure un tel moyen pour prévenir un défaut d'exécution.

4.3.4 La réprobation entraîne une atteinte à l'honneur et à la réputation du contrevenant

La Cour suprême a fait une distinction conceptuelle entre «le châtiment» qui reflète la culpabilité morale du *contrevenant* et «la réprobation» qui est une condamnation sociale de la *conduite* de ce même contrevenant³⁸¹. S'il est possible, en théorie, de faire cette distinction, nous voyons mal comment, d'un point de vue pratique, on pourrait dénoncer une inconduite sans, par la même occasion, ne pas jeter un blâme sur l'auteur de cette inconduite³⁸². Il serait étonnant que le contrevenant et les tiers n'aient pas tendance à conclure que le reproche s'adresse aussi bien aux actes de la personne qu'à la personne même. Aussi faut-il croire que la désappro-

380. Art. 1621, al. 1 C.c.Q.

381. *R. c. M. (C.A.)*, précité, note 21, p. 558.

382. M. CUSSON, *op. cit.*, note 300, p. 135 et 136. Voir aussi, M. CUSSON, *op. cit.*, note 24, p. 62: «Condamner, c'est réprover un acte, et la condamnation rejaillit inévitablement sur son auteur».

bation d'un comportement répréhensible comporte également une critique personnelle envers l'agent fautif. Par conséquent, la réprobation d'une atteinte illicite et intentionnelle entraînera avec elle un blâme moral envers le contrevenant.

En raison de sa dimension sociale, le blâme apporte le dés-honneur et entache la réputation de celui qui se voit ainsi désavoué par le groupe. Parce que le contrevenant a porté atteinte intentionnellement à un droit fondamental, perd-il de ce fait le droit à la sauvegarde de son honneur et de sa réputation³⁸³? L'article 24 de la Charte, situé dans le chapitre portant sur les «Droits judiciaires», prévoit que nul ne peut être privé de ses droits fondamentaux, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite. Il ne nous semble pas que le deuxième alinéa de l'article 49 de la Charte permette de passer outre au droit à l'honneur et à la réputation de l'auteur de l'atteinte illicite. Certes, on ne peut empêcher certaines personnes de penser du mal au sujet de celui qui se voit condamner à des dommages exemplaires. Cependant cela ne veut pas dire que le tribunal doit faire exprès pour aller dans cette direction.

À titre complémentaire, ajoutons ce qui suit. Puisque la punition n'est imposée qu'à celui qui le mérite, il faut donc s'assurer que seul celui qui le mérite soit sanctionné. D'où le célèbre dicton qu'il vaut mieux libérer dix coupables que d'enfermer un innocent. Cela se traduit par l'exigence d'une culpabilité hors de tout doute raisonnable. Ajoutons que cette exigence au niveau de la preuve renforce, par le fait même, le caractère solennel de la réprobation publique. Au contraire, la pénalité procède d'une dynamique différente qui n'exige pas la même protection, vu qu'elle n'est pas accompagnée d'une réprobation morale symbolisée par la sanction. Comme au civil la preuve s'établit selon la balance des probabilités, et non suivant une preuve hors de tout doute raisonnable³⁸⁴, il y a donc moins d'inconvénients à considérer les dommages punitifs comme une pénalité.

383. Art. 4 de la Charte. *La réputation* a une dimension externe; elle est le droit d'être honorablement connu d'un point de vue moral. *L'honneur* touche le côté interne de la personne; elle représente la réflexion que chaque individu porte sur ses valeurs morales. Sur ce sujet, voir: *Hervieux-Payette c. Société St-Jean-Baptiste de Montréal*, [1998] R.J.Q. 131 (C.S.), p. 138 et 139.

384. Art. 2804 C.c.Q.

4.3.5 Les sanctions monétaires ne peuvent aisément parvenir à dénoncer un comportement moralement répréhensible

Plusieurs sont d'avis qu'une amende pénale ne peut qu'être dissuasive³⁸⁵. C'est que, pour un large segment de la population, il n'y a que la prison qui constitue une véritable punition³⁸⁶. En effet, les sondages menés auprès des Canadiens démontrent que seul l'emprisonnement est susceptible de symboliser la désapprobation de la société face à certaines inconduites³⁸⁷. Ainsi, l'amende criminelle peut plus difficilement être utilisée à des fins rétributives³⁸⁸. La même conclusion vaut-elle en matière de peine privée? À première vue, oui, puisque celle-ci, à l'instar de celle-là, est une sanction d'ordre monétaire. Il y a lieu, tout de même, de pousser plus avant la réflexion.

Si les citoyens accordent peu de valeur symbolique à l'amende, c'est que cette dernière est considérée comme une mesure trop clémente pour véhiculer de façon significative un quelconque aspect réprobateur. Il faut préciser, toutefois, que c'est en comparant la prison avec l'amende qu'on trouve celle-ci non sévère et non stigmatisante. Par rapport aux dommages-intérêts, les dommages punitifs ne sont-ils pas sévères et stigmatisants? Si c'était le cas, on pourrait peut-être utiliser la peine privée pour désapprouver un comportement antisocial. Pour obtenir une valeur réprobatrice, sans doute faudrait-il que la condamnation exemplaire soit extrêmement sévère. Une peine civile qui acculerait le défendeur à la faillite pourrait peut-être arriver à transmettre un message de désapprobation. Or, il est presque certain qu'une telle condamnation serait cassée en appel. Par ailleurs, sur une échelle de sévérité, la prison et l'amende diffèrent. Mais il existe également une différence symbolique entre elles, ce qui n'est pas le cas entre les dommages punitifs et les dommages-intérêts. En effet, pour retrouver une telle différence symbo-

385. Voir, par ex.: N. WALKER, *op. cit.*, note 106, p. 13 et 51.

386. Edward D. BAYDA, «The Theory and Practice of Sentencing: Are they on the Same Wavelength? (Bill C-41 and Beyond)», dans *La détermination de la peine: une réforme pour hier ou pour demain*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, 3, 9.

387. Voula MARINOS, «Equivalency and interchangeability: The unexamined complexities of reforming the fine», (1997) 39 *Rev. can. de crim.* 27.

388. Voir, toutefois, Robert E. BARRETT («The Role of Fines in the Administration of Criminal Justice in Massachusetts», (1963) 48 *Massachusetts L. Q.* 435, p. 444) qui soutient que les amendes peuvent difficilement dissuader un crime ou réformer un criminel. Elles serviraient plutôt à assouvir notre instinct de vengeance.

lique, il faudrait comparer une ordonnance de dédommagement³⁸⁹ et une condamnation civile en dommages-intérêts ou comparer l'imposition de dommages punitifs en vertu de l'article 194 C.cr. et une condamnation civile en dommages punitifs. C'est que la sanction criminelle intervient dans un cadre disgracieux, ce qui n'est pas le cas de la sanction civile, qu'il s'agisse de dommages exemplaires ou de dommages-intérêts. C'est pourquoi il nous semble que la peine privée ne peut parvenir à dénoncer un comportement moralement répréhensible.

Il y a aussi une autre difficulté dans l'utilisation d'une sanction monétaire à des fins de réprobation. Pour assurer l'efficacité et l'équité d'une condamnation pécuniaire, il faut prendre en considération la capacité de payer du défendeur³⁹⁰. D'un point de vue pratique, il est bien difficile, dans le système actuel, de faire un lien entre le montant d'une condamnation exemplaire et le niveau de réprobation³⁹¹. Si ce lien ne peut être fait, il est peu réaliste d'associer la sanction monétaire à un quelconque niveau de réprobation. Ajoutons, également, que cette dernière suppose une harmonisation des peines. Or, il devient très difficile de le faire en présence d'une peine pécuniaire basée sur la situation patrimoniale de chaque contrevenant.

4.3.6 L'absence de taux maximums

En droit criminel, la loi indique à l'avance le taux maximum que peut encourir celui qui commet une infraction. D'une part,

389. Art. 738 C.cr.

390. Une même somme peut apparaître, pour le riche, comme une simple redevance à payer pour ne pas respecter ses obligations et, pour le pauvre, comme un désastre qui l'acculera à la faillite. Pour assurer l'efficacité et l'équité du moyen de pression, il faut donc tenir compte de la situation patrimoniale de chaque contrevenant.

391. En droit pénal, certains pays ont adopté un système de jours/amendes où le montant total de l'amende à infliger est établi à partir de deux facteurs, soit le nombre d'unités de jours/amendes et la valeur de l'unité de jours/amendes. Dans un premier temps, on calcule une somme journalière en fonction de la capacité de payer du contrevenant. Puis, dans un deuxième temps, on détermine le nombre de jours correspondant au niveau de réprobation que l'on souhaite imposer au délinquant. Cette formule permet d'assurer que deux contrevenants, qui ont commis une infraction semblable dans des circonstances semblables, subissent les mêmes effets par suite de l'amende même si leur situation financière est différente. De cette façon, il est donc possible de faire ressortir le niveau de réprobation de la peine en comparant le nombre d'unités de jours/amendes dans un cas avec celui d'une autre affaire. Sur cette question, voir: *Rapports de recherche de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*, «L'amende comme option de détermination de la peine au Canada», Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1988, p. 49 et s.

cela permet d'indiquer la gravité objective d'une infraction par rapport à une autre. Un taux plus élevé suppose une infraction objectivement plus grave aux yeux de la société méritant de ce fait une réprobation plus forte. D'autre part, plus la peine infligée est proche du maximum prévu à l'égard d'une infraction donnée, plus la réprobation est sévère envers le contrevenant. Celui qui se voit imposer le maximum permis a sûrement un degré de culpabilité morale très élevé. En l'absence de l'indication d'un taux maximum, comme c'est généralement le cas en matière de dommages punitifs, il est beaucoup plus difficile de savoir à quoi correspond le niveau de réprobation. Il ne suffit pas d'énoncer que la condamnation est proportionnelle à la gravité de la faute, s'il n'existe aucun point de repère. Certes, on peut se dire qu'à la longue les tribunaux vont établir une échelle des peines. Sauf que cela paraît difficile, d'un point de vue pratique.

Premièrement, la prise en compte de la situation patrimoniale du défendeur est un obstacle sérieux à l'établissement d'une échelle des peines. Deuxièmement, comment pourrait-on désapprouver pareillement deux défauts d'exécution qui ne résultent pas de la même loi. Par exemple, est-il plus grave objectivement de harceler un locataire³⁹² que de manquer à une obligation prévue dans la L.P.C.? Troisièmement, la même difficulté peut être soulevée à l'égard de deux défauts d'exécution résultant de la même loi. En effet, une atteinte à l'intégrité physique³⁹³ est-elle plus moralement condamnable que de la discrimination basée sur l'âge³⁹⁴? Comme il n'y a pas de maximums d'indiqués dans la loi, il peut être difficile de calibrer le niveau de réprobation en regard de chaque atteinte illicite et intentionnelle. Ajoutons que les tribunaux refusent, de toute façon, de hiérarchiser les droits fondamentaux pour donner plus d'importance à un sur l'autre³⁹⁵.

4.3.7 L'éducation par la réprobation³⁹⁶

On dit parfois que le simple fait d'inscrire une infraction dans le Code criminel peut suffire à lui faire jouer un rôle socio-pédago-

392. Art. 1902 C.c.Q.

393. Art. 1 de la Charte.

394. Art. 10 et 12 de la Charte.

395. Christian BRUNELLE, «Les droits et libertés dans le contexte civil», dans Collection de droit 1998-1999, *Droit public et administratif*, Vol. 7, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 198.

396. Il faut préciser que l'éducation par le moyen d'une sanction est étroitement liée à la réprobation. D'ailleurs, les auteurs qui discutent de l'aspect socio-pédagogique des sanctions criminelles le font toujours en association avec la réproba-

gique. On présume que le lecteur verra qu'il est moralement incorrect de contrevenir à la règle de conduite édictée, vu que celle-ci est formellement énoncée dans la loi et que sa violation est sanctionnée par une peine. On entend aussi que l'imposition effective d'une mesure coercitive peut amener le délinquant à réviser sa position, quand la simple inscription de la règle dans la loi n'a pas suffi à convaincre le délinquant. C'est à cette étape du processus que nous nous intéressons, puisque nos propos se situent au moment du prononcé de la peine. Peut-on désapprouver le contrevenant dans l'espoir de lui inculquer des valeurs morales et, ainsi, l'amener à se conformer à la règle de conduite non par crainte des sanctions légales mais par conviction personnelle. Le fait de se voir officiellement reprocher son inconduite pourrait amener le délinquant, et peut-être même les tiers, à changer d'attitude par suite d'une prise de conscience. On peut, par ailleurs, vouloir simplement enseigner que le crime ne paie pas, en démontrant au contrevenant qu'il a plus à perdre qu'à gagner s'il s'avise de recommencer. Dans un tel cas, nous tombons dans le domaine de la dissuasion qui ne nécessite pas de rallier le fautif aux valeurs du groupe. C'est à la première forme d'éducation que nous nous attarderons dans les prochaines lignes, c'est-à-dire à l'éducation sociale par la réprobation.

Nous avons soulevé la difficulté de recourir à la peine comme moyen de réprobation sociale³⁹⁷. Afin de pousser plus avant l'analyse, nous allons présumer qu'il est possible de désapprouver publiquement une conduite à l'aide du redressement exemplaire. Ajoutons, toutefois, que si la condamnation devait se limiter à la dénonciation, il faudrait d'emblée l'exclure, puisqu'il s'agirait d'une punition. N'oublions pas qu'au départ la réprobation est un concept de substitution qui ne vise qu'à rendre plus acceptable et plus civilisée la notion de rétribution³⁹⁸. S'il est impossible de donner à la dénonciation une dimension socio-pédagogique, mieux vaudra l'oublier, car un tel moyen ne pourra être utilisé dans le but de prévenir l'inexécution de l'obligation. D'entrée de jeu, indiquons immédiatement qu'il sera bien difficile d'amener le délin-

tion (voir, par ex.: J. ANDENAES, *op. cit.*, note 29, p. 112; D.G. OWEN (1994), *loc. cit.*, note 106, p. 374 et 375). La façon de faire comprendre et de convaincre le contrevenant c'est d'exprimer notre mécontentement. Cela se fait par la désapprobation (P.C. WEILER, *loc. cit.*, note 10, p. 114). Compte tenu de l'aspect pénible des dommages punitifs, ce n'est qu'à travers la condamnation sociale de l'inconduite que l'éducation pourrait se faire.

397. *Supra*, 4.3.1 à 4.3.6.

398. H. DUMONT, *op. cit.*, note 43, p. 121 et 122.

quant à ce qu'il se conforme à la Charte par conviction morale plutôt que par crainte des sanctions légales qui y sont prévues. En fait, il y a peu d'espoir que la motivation induite par l'imposition du redressement exemplaire aille au-delà de vouloir éviter la sanction pénale.

Premièrement, la réprobation est un *message* envoyé au fautif³⁹⁹. Elle n'exercera une influence éducative que si un tel message «passe»⁴⁰⁰. Pour ce faire, le tribunal doit consacrer du temps à expliquer les valeurs en jeu et la nécessité sociale de s'y conformer. Or, les juges sont en général peu loquaces à ce sujet, se contentant de rappeler les principes généraux en matière de dommages punitifs, sans trop s'étendre sur le cas particulier qui est devant eux. Il arrive même qu'on accorde une peine sur la simple constatation qu'il y a une atteinte illicite et intentionnelle à un droit fondamental, sans indiquer au défendeur le pourquoi de cet octroi⁴⁰¹. On passe à côté, si on veut arriver à exercer une influence morale sur le contrevenant. Dans ces circonstances, il apparaît peu probable que la peine soit en mesure d'exercer une quelconque action éducative, si aucun enseignement ne lui est associé dans le texte du jugement⁴⁰². Par contre, nul besoin de discourir longuement, si on veut simplement infliger une pénalité.

Deuxièmement, les discussions que nous avons eues avec d'autres avocats nous ont appris que les interventions judiciaires, même celles adéquatement formulées, n'ont pas opéré une prise de conscience chez ceux qui se sont vus imposer une peine. Par expérience nous savons tous que la quasi-totalité de ceux qui se rendent jusqu'à procès considèrent le jugement mal fondé lorsqu'ils perdent. Or, «les hommes se soumettent aux jugements moraux [que] s'ils les considèrent comme vrais»⁴⁰³. Certes, il arrive que les parties à un procès civil s'entendent sur l'existence du droit à la réparation du préjudice causé et laissent au tribunal

399. J. ANDENAES, *op. cit.*, note 29, p. 34.

400. M. CUSSON, *op. cit.*, note 300, p. 119.

401. Voir, par ex.: *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3. Après avoir déterminé qui était l'auteur de l'atteinte intentionnelle et après avoir conclu que ce dernier avait la volonté de porter atteinte à un droit fondamental, le tribunal a tout simplement fixé la condamnation exemplaire suivant la gravité de cette atteinte. Il n'y a eu aucune mention au sujet du but de la condamnation exemplaire ou des raisons qui militaient en faveur d'une telle condamnation.

402. André KHUN, «La peine pécuniaire», (1997) *Rev. pén. suisse* 147, p. 154: «il apparaît peu probable que la peine pécuniaire soit en mesure d'exercer une quelconque action éducative, puisqu'aucune prise en charge thérapeutique n'est prévue».

403. M. CUSSON, *op. cit.*, note 300, p. 119.

le soin de décider du quantum. Cependant, nous n'avons pas connaissance qu'un défendeur ait admis le bien-fondé d'une réclamation exemplaire. Il apparaît donc peu probable que la peine privée soit en mesure d'influencer moralement l'auteur de l'atteinte illicite, car on ne peut réussir à charger la conscience de quelqu'un contre son gré⁴⁰⁴.

Troisièmement, certains reprochent à la pénalité de dresser sans inculquer de convictions morales. Or, dit-on, l'éducation morale est plus importante, parce que plus durable que l'intimidation pure qui cesse d'agir sitôt que le ressort de la peur est détendu pour une raison ou une autre⁴⁰⁵. À cela, d'autres répondent que «[l]a motivation induite par le droit seul se limite à vouloir éviter les sanctions»⁴⁰⁶. Certes, ces derniers conviennent que «ce n'est pas la meilleure garantie de comportements moraux»⁴⁰⁷. Néanmoins, ils ajoutent que pour «qu'il y ait quelque chose comme une motivation morale, une incitation positive à agir de certaines façons, conformément à un idéal du vivre-ensemble, cela requiert une intériorisation de valeurs partagées par la collectivité. Cela, le droit est incapable d'y pourvoir»⁴⁰⁸. Pas que le juge soit nécessairement un mauvais pédagogue, mais que le médium utilisé (procès civil) ne soit pas le forum approprié⁴⁰⁹ et que le moyen choisi (peine pécuniaire) ne permet pas de transmettre des valeurs sociales⁴¹⁰. Bref, on ne peut s'attendre à conscientiser le contrevenant par l'imposition d'une peine privée. Donc, si l'infliction de cette mesure désagréable amène le fautif à se conformer à ses obligations, ça ne sera pas par conviction.

Quatrièmement, on pourrait penser que l'imposition de dommages exemplaires permet d'ouvrir les yeux de certains sur le caractère fondamental de la Charte. Il y aurait ainsi une soudaine prise de conscience qui amènerait ces personnes à se conformer à la Charte par conviction plus que par peur des sanctions. Depuis le temps que la Charte est en vigueur, ceux qui décident d'y contre-

404. Précisons qu'à la différence de la réprobation et de l'éducation, la dissuasion n'exige pas de rallier le fautif aux valeurs du groupe.

405. J. VÉRIN, *loc. cit.*, note 168, p. 644.

406. Luc BÉGIN, «Le droit comme substitut à la morale?», dans *Actes de la XIII^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 375, p. 363.

407. *Ibid.*

408. *Ibid.*

409. *Supra*, 3.2.2.

410. *Supra*, 4.3.5. Voir aussi N. WALKER (*op. cit.*, note 106, p. 51) qui indique qu'il est peu probable que les sanctions pénales puissent arriver à éduquer le public.

venir le font probablement en toute connaissance de cause. En droit pénal, plusieurs auteurs sont d'avis qu'une mesure pénale ne peut renforcer les valeurs morales d'un délinquant mais que, à long terme, elle peut renforcer les jugements moraux préexistants sans, par ailleurs, créer de toute pièce de nouvelles valeurs morales⁴¹¹. Autrement dit, on doute de l'influence morale directe de la peine mais on croit cependant possible une influence indirecte sur les citoyens qui agissent déjà par conviction. Ici, nous nous approchons de l'un des moyens permettant de prévenir l'inexécution de l'obligation, à savoir maintenir les bons débiteurs dans le droit chemin⁴¹². Cela est bien différent de l'éducation que nous envisageons dans la présente sous-section.

Cinquièmement, la conviction morale ne s'acquiert généralement pas d'elle-même mais à cause de la pression sociale des autres. Nous savons tous que peu de personnes ont une connaissance effective d'un jugement particulier. Le fait que la diffusion des sentences est très limitée peut empêcher toute intériorisation de la réprobation⁴¹³. En effet, si le contrevenant sait qu'il n'aura pas à subir le mépris des autres membres de la société, il risque bien de ne pas trop accorder d'importance à la valeur symbolique du jugement rendu. Pour être pleinement dénonciatrice la décision devrait être accompagnée d'une ordonnance de publication dans les journaux et autres médias. Or, ce n'est pour ainsi dire jamais le cas.

4.4 Les facteurs susceptibles d'accroître l'efficacité du moyen de pression

Pour obtenir l'effet escompté, la mesure exemplaire doit pouvoir compter sur certains facteurs. Nous verrons quelques-uns des facteurs qui sont susceptibles d'accroître l'efficacité du moyen de pression⁴¹⁴. À cet égard, nous verrons, d'abord, que la menace doit être connue de ceux à qui elle s'adresse (4.4.1). À cela s'ajoute la certitude de la mise en œuvre de la menace (4.4.2), la sévérité de la sanction imposée (4.4.3) et la célérité avec laquelle la peine doit intervenir (4.4.4).

411. J. VÉRIN, *loc. cit.*, note 160, p. 645; J. ANDENAES, *op. cit.*, note 29, p. 119.

412. *Supra*, 4.2.5.

413. R.E. BARRETT, *loc. cit.*, note 388, p. 445.

414. En l'absence d'études spécifiques en matière de dommages punitifs, on ne peut que s'en remettre aux recherches menées en droit pénal et aux conclusions de ces recherches. Pour l'instant, nous ne pouvons que présumer que les mêmes conclusions valent pour la peine privée, même si elles portent en général sur l'efficacité de l'emprisonnement.

4.4.1 *La menace doit être connue de ceux à qui elle s'adresse*

«La notion de dissuasion générale se fonde sur le postulat que les gens s'abstiennent de commettre des crimes par crainte des sanctions légales. On ne peut instaurer cette crainte dans le public que si ce dernier est informé des menaces de la peine et des cas concrets où ces peines ont été appliquées.»⁴¹⁵ Cela suppose donc que le citoyen connaisse l'existence de la mesure exemplaire et son application régulière. À cet effet, la publication des jugements dans les recueils judiciaires peut apporter une certaine publicité à cet égard. Cependant, dans les faits, très peu de jugements sont portés à la connaissance du public par ce moyen. En effet, à part le monde juridique, les citoyens consultent rarement les publications juridiques. En général, c'est plutôt à travers les amis et connaissances qu'une diffusion de l'information se propage. Il devient donc impératif, pour informer le plus grand nombre possible, que les tribunaux n'hésitent pas à imposer une peine, afin de rendre connues, le plus possible, les conséquences attachées à la violation de certaines obligations. Même si leur nombre est restreint, il demeure que le défendeur et la victime ainsi que leur famille respective, et peut-être aussi quelques amis intimes, auront une connaissance personnelle de la chose. Il faut cependant souligner que dans certains milieux (commerçants, forces policières, etc.) «il ne faut pas longtemps pour que l'imposition d'une sanction exemplaire soit connue»⁴¹⁶.

Par ailleurs, on ne peut guère espérer des campagnes publicitaires, en raison des coupures budgétaires et du peu d'intérêt de nos élus à utiliser ce moyen pour faire connaître la mesure exemplaire. Par contre, on peut compter sur certains organismes, telle la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, dont la mission consiste, entre autres, à propager l'information pertinente. Quant aux médias, ils ne rapportent que les cas exceptionnels: soit ceux impliquant une personnalité ou une entreprise bien en vue; soit ceux où la condamnation est particulièrement sévère. Si les tribunaux ont peu de contrôle sur l'identité du défendeur, il en va autrement au niveau de la détermination du quantum de la peine. On comprendra que, pour être

415. Commission de réforme du droit au Canada, *La crainte du châtimeut: la dissuasion*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1976, p. 81. Voir aussi: H. DUMONT, *op. cit.*, note 43, p. 113 et 114.

416. P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 228.

médiatisée, la décision doit se démarquer si elle veut retenir l'attention des journaux et de la télévision. Pour ce faire, il faut, à l'occasion, donner du poids à la condamnation, afin de maintenir une diffusion régulière à travers les médias. Lorsque les faits le justifient, une peine sévère pourrait être très utile. Il y aurait lieu, dans cette situation, que le tribunal s'enquière de la situation patrimoniale du contrevenant⁴¹⁷. Si celui-ci est en mesure de supporter une telle peine, il ne faudrait peut-être pas trop hésiter à y recourir.

4.4.2 La sanction doit être certaine

Selon une idée largement répandue, l'efficacité d'une menace découle de la certitude de sa mise en œuvre. De fait, la menace (qui précède l'inexécution de l'obligation) et sa mise en œuvre (après l'inexécution) sont étroitement liées⁴¹⁸. D'une part, la peine n'a réellement de caractère comminatoire, donc une valeur préventive, que si elle a une chance sérieuse d'être infligée. D'autre part, en raison de son caractère exemplaire, à l'égard du sujet et des tiers, la peine infligée contribue, à son tour, à la prévention des actes illicites en maintenant la crédibilité de la menace. Concrètement, on obtient de meilleurs résultats en recourant régulièrement à la sanction pénale plutôt qu'en en faisant un usage sporadique. Ainsi, mieux vaut réprimer, quitte à le faire plus modérément, que de ne pas réprimer du tout.

Par ailleurs, pour que le tribunal puisse recourir aux dommages punitifs, encore faut-il qu'ils soient réclamés lorsque les faits y donnent ouverture. Contrairement au droit pénal où les chances d'être poursuivi varient beaucoup, le droit civil peut offrir davantage de certitude à cet égard. D'une part, il doit y avoir une victime particulière c'est-à-dire un créancier déterminé. Dans la plupart des cas, le poursuivant sera donc en mesure d'identifier le contrevenant, puisqu'il s'agit de son débiteur. D'autre part, la victime ayant un intérêt pécuniaire certain, il est à parier qu'elle réclamera le paiement d'une peine. Être sûr que la victime s'adressera aux tribunaux en cas de manquement à l'obligation est beaucoup plus efficace que de jouer à la loterie où un contrevenant sur dix paiera parce que seulement une victime sur dix récla-

417. Art. 1621, al. 2 C.c.Q.

418. Marcel CRÉMIEUX, «Réflexions sur la peine privée moderne», dans *Études offertes à Pierre Kayser*, Tome 1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1969, 261, p. 272.

mera des dommages punitifs. Une condamnation exemplaire est inefficace si elle n'est réclamée qu'à quelques boucs émissaires, sans être dissuasive à l'égard des autres qui savent qu'ils ont peu de chances d'être poursuivis⁴¹⁹.

On peut comprendre les réticences de certains plaignants à recourir à l'appareil judiciaire. Traditionnellement, les honoraires extrajudiciaires de son procureur et autres coûts inhérents à toute poursuite judiciaire n'ont pas été considérés comme une suite immédiate et directe de la faute commise⁴²⁰. En présence d'un préjudice minime, le créancier était donc peu enclin à recourir aux tribunaux, puisqu'en bout de ligne il ne retirait rien. En effet, les dommages-intérêts obtenus servaient surtout à défrayer ces dépenses non recouvrables, ce qui, en fin de compte, ne laissait pas grand chose au demandeur. C'est pourquoi on a considéré que «les dommages exemplaires étant octroyés à la victime en plus de ses dommages réels, cela avait pour effet de l'inciter à effectuer les démarches nécessaires pour faire valoir ses droits devant les tribunaux, avec toutes les dépenses et les inconvénients que cela peut comporter»⁴²¹. Notons que cette préoccupation répond à la question «Pourquoi remet-on les dommages punitifs à la victime?» mais pas à celle de savoir «Pourquoi impose-t-on une peine au contrevenant?» C'est pourquoi plusieurs considèrent que «l'incitation» n'est pas un objectif indépendant mais qu'il s'agit là d'un support aux autres moyens, telle la dissuasion, visant à prévenir un défaut d'exécution. De fait, la menace ne vaudra que si elle a des chances sérieuses d'être mises à exécution. Pour ce faire, il faut bien inciter la victime à s'adresser aux tribunaux.

Il faut cependant savoir que, de plus en plus, les tribunaux permettent aux victimes de réclamer, à titre de dommages-intérêts, les honoraires extrajudiciaires de leur avocat⁴²². Nous appuyons cette pratique. Tout d'abord, quoique des dommages punitifs sont parfois accordés à cette fin, il s'agit, en réalité, d'une indemnité versée au demandeur. Il nous semble préférable de conserver une séparation plus étanche: d'un côté, les dommages-intérêts d'une nature réparatrice et, de l'autre côté, les dom-

419. M. BRISSETTE, *loc. cit.*, note 228, p. 250 et 251.

420. Art. 1607 C.c.Q.

421. C. DALLAIRE, *op. cit.*, note 4, p. 20.

422. Voir J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 39, n° 236, p. 169 et 170.

mages punitifs qui ne sont pas destinés à compenser la victime⁴²³. Ensuite, une telle pratique peut fausser le jeu. En effet, le tribunal peut avoir tendance à se laisser convaincre plus facilement du bien-fondé de l'octroi d'une mesure exemplaire. Or, ce n'est pas la compensation des frais extrajudiciaires qui doit amener le juge à imposer des dommages punitifs mais le fait que ceux-ci peuvent prévenir une nouvelle inexécution. Le message préventif passera sans doute mieux s'il n'est pas fusionné avec un aspect indemnitaire. Néanmoins, jusqu'à ce que les dépens judiciaires couvrent officiellement les honoraires extrajudiciaires et autres dépenses inhérentes à toute poursuite judiciaire ou que les tribunaux s'en remettent largement aux dommages-intérêts, il faut se résoudre à l'idée de faire jouer aux dommages punitifs un tel rôle. Autrement, on y perdra. En effet, c'est par le remboursement de ces frais que l'on éliminera les hésitations de certains créanciers à réclamer que justice soit faite. La menace de la sanction n'aurait que peu d'intérêt s'il s'avérait qu'il y a, en pratique, peu de chance que soit engagée l'action qui permet de l'infliger⁴²⁴.

On doit donc saluer la décision du législateur de ne pas avoir retenu l'article 1680 de l'Avant-projet de loi prévoyant que «[l]es dommages punitifs auxquels le débiteur est condamné sont versés, sauf pour la partie qui peut être octroyée en compensation des frais extrajudiciaires et des dépenses faites par le créancier pour faire valoir son droit, à une personne autre que ce dernier»⁴²⁵. Premièrement, il est normal que le demandeur conserve la totalité du produit de la condamnation légale, puisque c'est lui qui a pris à sa charge tout le déroulement de la démarche judiciaire. Deuxièmement, on l'a vu, la victime qui ne retire aucun avantage global à faire une réclamation exemplaire sera peu empressée à s'adresser aux tribunaux lorsque ses préjudices sont minimes. Troisièmement, le but des dommages punitifs n'étant pas d'indemniser un préjudice quelconque, l'idée de leur faire jouer formellement un rôle de «compensation des frais extrajudiciaires» était contestable.

423. *Id.*, p. 170, à la note 81 en bas de page.

424. Notons que les frais extrajudiciaires pourraient ne pas être comptabilisés dans l'évaluation du quantum exemplaire, lorsque les demandes de la victime sont nettement exagérées, empêchant ainsi tout règlement à l'amiable (voir: D. GARDNER, *loc. cit.*, note 108, p. 216).

425. Avant-projet, précité, note 253.

4.4.3 *La peine doit être suffisamment sévère*

Selon plusieurs, l'efficacité d'une mesure dissuasive découle plus de sa certitude que de sa sévérité⁴²⁶. Ils postulent que celui qui, avant d'agir, pense aux conséquences désagréables qui peuvent lui être infligées évaluera d'abord la probabilité de subir ces conséquences plutôt que l'ampleur de celles-ci. Ils ajoutent que ce n'est qu'à défaut de pouvoir compter sur la certitude que la peine devrait s'appuyer sur la sévérité. Certes, une mesure dissuasive est beaucoup plus efficace si elle est souvent prononcée, que si elle est sévère mais aléatoire. Cependant, il nous semble difficile d'affirmer que la sévérité ne joue qu'un rôle secondaire en ce qui a trait à la prévention.

Premièrement, en présence d'une faute lucrative⁴²⁷, on peut présumer que le contrevenant ne s'est pas seulement arrêté à évaluer la probabilité d'être poursuivi et condamné mais qu'il a aussi calculé la mesure probable de la peine. Pour ce faire, il a pu consulter la jurisprudence pour savoir le montant de dommages punitifs accordés dans des situations semblables. S'il a décidé de passer aux actes, sans doute est-ce parce que les condamnations antérieures sont trop basses. Puisqu'on ne peut utiliser d'autres formes de peines, telle l'emprisonnement, pour accroître l'effet dissuasif, il faut nécessairement s'en remettre à la sévérité dans le cas d'une faute lucrative.

Deuxièmement, les dommages punitifs doivent présenter, pour celui qui les supporte, un désagrément tangible et être plus qu'un simple avertissement. En effet, la sanction exemplaire vise à prévenir l'inexécution d'une obligation, en portant atteinte au patrimoine du contrevenant de façon suffisamment importante pour créer un impact psychologique. Contrairement à l'amende

426. Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, *op. cit.*, note 62, p. 150.

427. Nous qualifions de «faute lucrative» celle où le contrevenant anticipe qu'il subsistera un avantage quelconque même après avoir indemnisé la victime. Dans une telle situation, l'inexécution procure au contrevenant une satisfaction ou un avantage supérieur aux inconvénients et aux coûts qu'il devra supporter, si jamais un jugement était rendu contre lui. Le calcul est simple: bénéfice global obtenu à la suite du geste prohibé (-) frais (judiciaires et extrajudiciaires) et réparations à payer (=) profit net. Dans ces situations, le débiteur a tendance à considérer les dommages-intérêts et les coûts reliés au processus judiciaire simplement comme la redevance à payer pour acheter le droit de manquer à ses obligations.

imposée aux termes du Code criminel, si jamais il en était⁴²⁸, les dommages punitifs ne possèdent aucun aspect stigmatisant. C'est pourquoi ils doivent être suffisamment élevés pour arriver à convaincre le défendeur qu'il a plus à perdre qu'à gagner si jamais il refait la même chose ou une autre chose également prohibée. Précisons, néanmoins, qu'il faut éviter l'idée simpliste qui consiste à dire que si doubler la sévérité de la peine augmente son pouvoir de dissuasion, la tripler donnera encore de meilleurs résultats⁴²⁹.

Troisièmement, l'idée selon laquelle la certitude davantage que la sévérité produit l'intimidation vaut quand cette sévérité est mesurée pour les peines d'incarcération mais qu'il est permis de douter de l'affirmation en matière de peines monétaires⁴³⁰. En effet, à cause du nombre de places disponibles, il faut souvent choisir entre imposer de courtes périodes d'emprisonnement à plusieurs délinquants ou incarcérer moins de personnes mais plus longtemps. C'est dans ce contexte que certaines études portant sur la relation entre la dissuasion et la sévérité ont généralement été faites. La peine pécuniaire, quant à elle, n'est pas restreinte par le manque de ressources étatiques. C'est pourquoi l'on peut penser que, lorsqu'il s'agit de sanctions monétaires, les gens sont plus sensibles à la sévérité qu'à la certitude⁴³¹. Ajoutons qu'à cause de la sévérité de certaines peines qui doivent automatiquement être imposées en cas de culpabilité, les tribunaux pénaux ont parfois des hésitations à les imposer⁴³². De sorte, qu'on assiste à un plus grand nombre d'acquittements amenant, par le fait même, un affaiblissement au niveau dissuasif. C'est une telle pratique qui a porté à conclure que la sévérité n'était pas synonyme de dissuasion. Or, une telle situation est difficilement transposable en matière de dommages punitifs, puisque la loi ne fixe pas de minimums excessifs ou très sévères.

428. Voir: *supra*, 4.3.5.

429. Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, *op. cit.*, note 62, p. 143.

430. M. CUSSON, *op. cit.*, note 163, p. 121; Philip J. COOK, «The Economics of Criminal Sanctions», dans *Sanctions and Reward in the Legal System: A Multidisciplinary Approach*, Toronto, University of Toronto Press, 1989, 50, p. 62 à 64.

431. M. CUSSON, *op. cit.*, note 163, p. 121 et 122.

432. Ezzat Abdel FATTAH, «Une revue de la littérature sur l'effet dissuasif de la peine», dans *La crainte du châtement: la dissuasion*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1976, 1, p. 20.

4.4.4 La sanction doit être accordée avec célérité⁴³³

La célérité des sanctions a longtemps été considérée comme un maillon important de la prévention des délits⁴³⁴. C'est que lorsque le contrevenant potentiel a à choisir entre un inconvénient éloigné et un avantage immédiat, celui-ci prendra souvent le dessus sur celui-là. Malgré la venue de la «procédure allégée», il s'écoule encore plusieurs mois avant qu'une condamnation ne soit rendue même dans le cas de cette voie rapide. En outre, le délai de prescription étant de trois ans, il arrive souvent que la victime attende un bon moment avant de se décider à recourir aux tribunaux. C'est pourquoi, le facteur célérité n'a vraisemblablement pas, pour l'instant, un rôle primordial en matière de dommages exemplaires. La seule exception est peut-être la réclamation en dommages punitifs pour diffamation⁴³⁵. La courte prescription en cette matière⁴³⁶ et la procédure permise⁴³⁷ nous laissent supposer qu'une peine peut être obtenue assez rapidement en ce domaine.

5. LES CONDITIONS D'OUVERTURE À UNE RÉCLAMATION EN DOMMAGES PUNITIFS

Il va sans dire que le comportement doit être fautif pour donner ouverture à des dommages punitifs. Tout d'abord, en raison de son caractère pénal, le prononcé d'une peine privée ne peut se concevoir qu'en présence d'une faute⁴³⁸. Ensuite, vu le rattachement de la mesure exemplaire au dernier paragraphe de l'article 1590 C.c.Q.⁴³⁹, il faut tenir que l'inexécution de l'obligation doit être injustifiée⁴⁴⁰, c'est-à-dire fautive⁴⁴¹. En outre, on pourrait trouver choquant qu'une peine soit imposée en l'absence de tout

433. R. GASSIN, *op. cit.*, note 80, n^{os} 708 et 709, p. 528 à 530.

434. Richard D. CLARK, «Célérité et prévention», (1985) *Rev. int. de crim. et pol. techn.* 286.

435. Art. 4 et 49 de la Charte.

436. Art. 2929 C.c.Q.

437. Art. 762 (b) C.p.c.

438. Denis MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Paris, L.G.D.J., 1992, n^o 544, p. 315.

439. P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 316 à 319.

440. Voir l'art. 1590, al. 2 C.c.Q.

441. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 217, n^o 453, p. 660. Notons que l'expression «sans justification», apparaissant à l'art. 1590 C.c.Q., permet d'englober des situations où le débiteur ne commet pas une faute, telle que cette dernière est habituellement conçue. Par exemple, le manque d'argent pour rembourser un prêt n'est pas une faute en soi. Pourtant, c'est bien «sans justification» que le débiteur n'exécute pas son obligation.

reproche si minime soit-il⁴⁴². Enfin, on doit se dire que, s'il est raisonnable de demander à l'agent fautif de modifier son comportement, cette même demande à l'endroit d'une personne qui aurait agi avec prudence et diligence ne serait pas justifiable. Cependant, il faut ajouter que la faute ne suffit pas à *elle seule* à donner ouverture à une peine privée⁴⁴³. À notre avis, la mesure pénale repose sur la présence de trois conditions de base: un comportement fautif (5.4), l'inexécution d'une obligation ou l'atteinte à un droit (5.2) et la prévision de cette inexécution ou de cette atteinte (5.3). Vu cela, on comprendra qu'un préjudice n'est pas essentiel pour donner ouverture à une réclamation exemplaire (5.1).

Par ailleurs, il faut souligner que même si les trois conditions précitées sont rencontrées, cela ne veut pas dire qu'une peine sera automatiquement imposée. En effet, la plupart du temps, le tribunal a la discrétion et non l'obligation d'octroyer des dommages exemplaires. Dans un tel cas, se pose alors la question de l'opportunité d'infliger une sanction pénale (5.5).

5.1 Le préjudice n'est pas une condition d'ouverture

À première vue, il semble qu'il existe deux grandes voies de recours civils. La première est formée par la responsabilité civile; la deuxième, espèce de fourre-tout, regroupe les autres moyens de contrainte mis à la disposition du créancier⁴⁴⁴. Néanmoins, dans une perspective d'ensemble, il faut voir que la responsabilité civile prend place à côté des autres recours (exécution en nature, résolution, etc.) pour former ce qu'il est convenu d'appeler «le pouvoir de contrainte» de droit civil. Précisons que nous ne devons pas considérer «la responsabilité civile» comme un synonyme de «pouvoir de contrainte» mais plutôt comme une de ses composantes. C'est

442. M.-È. ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, note 148, p. 60.

443. Nous avons déjà écrit que la faute est l'élément nécessaire et *suffisant* à l'imposition d'une peine privée (P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 322 à 324 et p. 347). Il y a lieu de nuancer notre pensée à ce sujet. Lorsqu'il est dit que la faute est *suffisante*, c'est par rapport à la nécessité d'un préjudice. L'absence de préjudice ne fait pas obstacle à l'octroi d'une mesure exemplaire (*infra*, 5.1). Par rapport au dommage, il est donc vrai que la faute est *suffisante* à l'imposition d'une peine. C'est dans cette optique que nous avons écrit que la faute suffit, en comparant le rôle de la faute et du préjudice. C'est également dans cette optique que M^{me} Roujou de Boubée (auteure à laquelle nous nous sommes référé) a postulé que la faute est le fondement nécessaire et suffisant à l'imposition d'une peine privée. Voir M.-È. ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, note 153, p. 66: «La peine privée ne nécessite pas le préjudice. La faute *suffit* à la justifier».

444. P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 311 et 312.

pourquoi, bien que la réparation des préjudices occupe une place importante à l'intérieur du pouvoir de contrainte, l'exécution en nature et la résolution sont des recours distincts de la responsabilité civile. Bien plus, ils sont dorénavant clairement sur un même pied d'égalité que cette dernière⁴⁴⁵. Il est certain que les dommages punitifs s'inscrivent à l'intérieur du pouvoir de contrainte de droit civil. Où se situent-ils par rapport à la responsabilité civile? Doivent-ils être regroupés avec les dommages-intérêts sous le chapeau de la responsabilité civile ou doivent-ils plutôt être placés à côté de l'exécution en nature et de la résolution. Dans ce dernier cas, à l'instar de ces derniers recours, ils formeraient une institution autonome et distincte de la responsabilité civile⁴⁴⁶.

Si l'on voulait regrouper les dommages-intérêts et les dommages punitifs sous un même chapeau, il faudrait logiquement pouvoir trouver un point commun à ces deux sanctions. En effet, tout regroupement suppose quelque chose qui puisse rallier les différents éléments du groupe. On pense, au départ, à l'aspect matériel de ces sanctions, puisque toutes deux sont d'ordre monétaire. Sauf qu'il existe d'autres mesures, telle l'exécution en nature aux frais du débiteur⁴⁴⁷, qui sont aussi à caractère monétaire. Il paraît donc peu probable que l'aspect matériel puisse servir de point commun. Autrement, il faudrait considérer toute condamnation monétaire comme un recours en responsabilité civile. Or, celui qui réclame le remboursement d'un prêt⁴⁴⁸ n'exerce pas un recours en responsabilité civile. Il faut donc cher-

445. *Aubrais c. Ville de Laval*, précité, note 87, p. 2251 et 2252: «on ne saurait prétendre, à la lumière du *Code civil du Québec*, que l'exécution par équivalent est le principe et que l'exécution en nature est l'exception.» Maurice TANCELIN, *Des obligations: actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n^o 883, p. 461; n^o 987, p. 515; n^o 1011, p. 527.

446. C'est ce que nous avons soutenu dans un texte précédent (P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9). Au début du siècle, la responsabilité civile jouait vraisemblablement un rôle préventif. Certains considèrent que les dommages punitifs visent à redonner à cette institution une vocation préventive (P. ROY, *op. cit.*, note 37). Nous préférons dire que la sanction exemplaire occupe maintenant ce champ délaissé par la responsabilité civile. Nous considérons que la peine privée n'a pas pour mission de redonner à la responsabilité civile son rôle préventif d'antan. Les dommages punitifs forment plutôt une institution autonome qui a pris en charge la fonction préventive autrefois exercée par la responsabilité civile.

447. Art. 1602 et 1603 C.c.Q. Signalons que le créancier qui se prévaut de ces dispositions réclame à son débiteur des frais et non des dommages-intérêts. Notons, par ailleurs, que rien n'empêche de réclamer, en sus de ces frais, des dommages-intérêts pour la réparation des préjudices causés, par exemple, en raison du retard dans l'exécution de l'obligation.

448. Art. 1601 C.c.Q.

cher ailleurs ce qui pourrait rallier les dommages-intérêts et les dommages punitifs. Pourrait-on trouver ce point de ralliement à travers le préjudice? Il est évident que les dommages-intérêts ne peuvent intervenir que s'il existe un préjudice. Celui-ci est-il nécessaire à l'imposition d'une peine? La réponse est importante à deux égards. Un «oui» permettrait, d'une part, de trouver une justification rationnelle au rattachement de la peine privée à la responsabilité civile et, d'autre part, d'identifier ce que la peine a pour fonction de prévenir. En effet, il serait tout à fait logique de prétendre que les dommages-intérêts ont pour mission de réparer le préjudice et que les dommages punitifs ont pour objectif d'empêcher ce même préjudice. Un «non» à la question posée amènerait à exclure la sanction exemplaire du giron de la responsabilité civile, vu l'absence d'un point commun entre les dommages-intérêts et les dommages punitifs, et à chercher le rôle de la peine privée ailleurs que dans la prévention du préjudice.

Nous n'avons pas l'intention de reprendre les arguments déjà avancés pour soutenir qu'il n'est pas nécessaire qu'un dommage existe pour réclamer une peine⁴⁴⁹. Il suffit de rajouter deux choses. En premier lieu, une lecture attentive des différentes dispositions où l'on prévoit la sanction exemplaire ne fait aucunement ressortir la nécessité d'un préjudice. En deuxième lieu, on dit que les dommages punitifs sont particulièrement les bienvenus lorsque le dommage est peu élevé, puisqu'ils permettent une protection plus efficace des droits fondamentaux. Nous ne voyons pas pourquoi le même raisonnement ne devrait pas s'appliquer, si par chance aucun préjudice ne résulte de l'atteinte illicite et intentionnelle. En effet, une atteinte à un droit garanti par la Charte n'entraîne pas automatiquement un préjudice⁴⁵⁰. Aussi, réitérons-nous que la présence d'un préjudice n'est pas essentielle pour donner ouverture à une réclamation exemplaire. Par conséquent, il faut en conclure que la sanction pénale est une institution autonome et distincte de la responsabilité civile et ce, à l'instar de l'exécution en nature et de la résolution⁴⁵¹. Quant à savoir ce que les dommages punitifs ont pour fonction de prévenir, nous y avons déjà répondu: ils visent à prévenir une nouvelle inexécution de l'obligation⁴⁵².

449. Pour ces arguments, voir P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 346 à 381.

450. *Aubry c. Vice-Versa*, précité, note 358, p. 620, par. 68.

451. Pour d'autres arguments, voir: P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9.

452. *Supra*, 4.1. Voir, aussi: *infra*, 5.2.

5.2 L'inexécution d'une obligation prédéterminée par le législateur

De portée générale, l'article 1590 C.c.Q. traite des moyens ouverts au créancier *en cas d'inexécution de l'obligation*. Puisque les dommages punitifs se rattachent au dernier paragraphe de cet article⁴⁵³, leur imposition suppose donc, au départ, un défaut d'exécution⁴⁵⁴. D'ailleurs, chacune des dispositions particulières, où l'on prévoit la possibilité d'obtenir la mesure exemplaire, font de l'inexécution de l'obligation (ou de l'atteinte à un droit) un pré-requis. Ainsi, un créancier ne peut réclamer une peine, même en présence d'une faute gravement répréhensible, si la prestation convenue ou imposée par la loi a tout de même été accomplie entièrement, correctement et sans retard⁴⁵⁵. C'est que le but des dommages punitifs n'est pas de punir une faute en raison de sa gravité mais de prévenir l'inexécution de l'obligation⁴⁵⁶. Il serait contraire à cet objectif de faire intervenir la sanction pénale alors qu'il n'y a eu aucun défaut d'exécution. Par contre, il se peut que l'obligation soit réalisée, mais en retard. Dans un tel cas, il y a sans doute ouverture à la mesure exemplaire, puisqu'il y a eu temporairement défaut d'exécution. Cependant, au niveau du quantum, il y a place à différencier entre celui qui est encore en situation d'illégalité et celui qui a cessé de contrevenir à ses obligations.

Par ailleurs, suivant le premier alinéa de l'article 1621 C.c.Q., la sanction pénale ne peut être accordée que dans les cas précis où la loi le prévoit⁴⁵⁷. C'est donc à tort que certains juges octroient des dommages punitifs, lorsque l'obligation ou le droit violé n'est pas spécifiquement protégé par la sanction pénale⁴⁵⁸. La condition d'ouverture «inexécution de l'obligation» doit donc s'entendre de l'inexécution d'une obligation *prédéterminée* par le législateur.

453. P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 316 à 319.

454. Notons qu'il est possible que d'autres formes de peine privée ne nécessitent pas l'inexécution d'une obligation. Nous n'avons pas étudié la question qui, du reste, déborde le cadre des présentes.

455. Art. 1590, al. 1 C.c.Q.

456. *Supra*, 4.1.

457. *Brique & pierre Bas-Laurent inc. c. Garantie (La), compagnie d'assurances*, J.E. 97-1492 (C.A.). Pour une liste des dispositions législatives qui donnent ouverture à une réclamation exemplaire, voir: *Collège Mont-St-Louis c. Brault*, [1998] R.J.Q. 2048 (C.S.), p. 2055.

458. Voir, par ex.: *Morin c. Mayrand*, [1997] R.D.I. 129 (C.Q.) (dommages punitifs contre un agent immobilier pour avoir contrevenu aux règles régissant sa profession); *Emond c. Gélinas*, J.E. 96-364 (C.Q.) (dommages punitifs pour avoir fait défaut de respecter l'art. 608 C.p.c.).

5.3 La prévisibilité de l'inexécution de l'obligation⁴⁵⁹

Nous suggérons la présence d'un critère de prévisibilité. Le chemin que nous voulons emprunter a été ouvert par les tribunaux⁴⁶⁰. Bien que le principe ait été appliqué dans le cadre d'une violation de la Charte, nous pensons qu'il est susceptible de valoir pour les autres lois où l'on permet l'imposition d'une peine privée. Nous verrons donc les arguments qui militent en faveur de la reconnaissance d'un critère de prévisibilité parmi les conditions d'ouverture (5.3.2). Puis, il s'agira de se demander quel devrait être le degré de prévisibilité requis (5.3.3) et quelle méthode d'appréciation (*in concreto* ou *in abstracto*) devrait être utilisée (5.3.4). Mais avant, pour être en mesure de bien comprendre l'analyse qui va suivre, nous jugeons nécessaire d'apporter quelques précisions (5.3.1).

5.3.1 Quelques précisions

Il y a lieu, d'abord, de distinguer entre un comportement fautif et les conséquences de ce comportement, tout comme il «importe de ne pas confondre le fait de vouloir commettre un acte fautif et celui de vouloir les conséquences de cet acte»⁴⁶¹. Compte tenu du libellé de l'article 49 de la Charte, on comprendra que l'*intentionnalité* s'adresse aux conséquences du comportement fautif plutôt qu'au comportement fautif lui-même. En effet, c'est l'atteinte illicite qui doit être intentionnelle et non le comportement fautif ayant entraîné cette atteinte⁴⁶².

459. L'inexécution peut être voulue. Par ailleurs, quoique non voulue, l'inexécution peut apparaître prévisible. La volonté ne fera pas l'objet d'un examen particulier. Toutefois, à l'occasion, nous signalerons les différences d'approches que peut présenter la volonté par rapport à la prévisibilité.

460. Ce critère de prévisibilité est également exigé par certains auteurs. Voir, par exemple: P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 228 à 231. Notons, cependant, que M^{me} Roy parle de la prévisibilité du préjudice plutôt que de la prévisibilité de l'inexécution de l'obligation ou de l'atteinte à un droit. Au moment où elle écrivait sa thèse, l'arrêt *Curateur* (précité, note 7) n'avait pas encore été rendu par la Cour suprême. À cette époque, plusieurs personnes, dont M^{me} Roy, considéraient «l'atteinte à un droit protégé comme étant le préjudice» (*op. cit.*, note, p. 372). On conçoit donc que cette auteure ait associé le critère de prévisibilité au préjudice. Or, il est désormais acquis que «l'atteinte à un droit» et «le préjudice» sont des notions distinctes (voir notre interprétation de l'arrêt *Curateur*, *loc. cit.*, note 7, p. 372 et s.). Néanmoins, nous pensons que les propos de M^{me} Roy sont encore valables en faisant les adaptations nécessaires, c.-à-d. en liant la prévisibilité non pas au préjudice mais à l'atteinte à un droit ou à l'inexécution d'une obligation.

461. *Curateur*, précité, note 7, p. 261, par. 118.

462. *Ibid.*

Il y a lieu, ensuite, de distinguer entre les différentes conséquences qu'une faute est susceptible d'entraîner. En effet, une faute peut, dans un premier temps, entraîner l'inexécution d'une obligation⁴⁶³ ou l'atteinte à un droit⁴⁶⁴. Cette inexécution ou cette atteinte peut, dans un deuxième temps⁴⁶⁵, entraîner un préjudice moral ou matériel⁴⁶⁶. Autrement dit, la conduite fautive peut engendrer une première conséquence, à savoir l'inexécution de l'obligation ou l'atteinte à un droit; et, de là, il peut s'ensuivre une deuxième conséquence, à savoir un dommage quelconque. Globalement, tant le défaut d'exécution que le dommage sont des conséquences résultant du comportement fautif. Cependant, ils n'en demeurent pas moins des conséquences différentes qu'il importe de bien distinguer. Compte tenu du libellé de l'article 49 de la Charte, on comprendra que l'intentionnalité s'adresse à la première conséquence du comportement fautif (à savoir l'atteinte à un droit) plutôt qu'à la deuxième conséquence (à savoir le préjudice). En effet, c'est l'atteinte illicite qui doit être intentionnelle et non le préjudice résultant de cette atteinte illicite.

Il y a lieu, enfin, de définir la faute intentionnelle et la faute lourde⁴⁶⁷. La première est reliée aux conséquences du comportement, en ce qu'une faute sera jugée intentionnelle si la conduite vise, de façon délibérée et volontaire, à causer un préjudice⁴⁶⁸. La deuxième, de son côté, n'est pas fonction des conséquences du comportement mais est plutôt basée sur le comportement fautif lui-même. Plus la conduite matérielle de l'agent fautif s'éloigne de

463. Nous avons déjà invoqué la distinction entre «faute» et «inexécution de l'obligation». Celle-ci est une conséquence de celle-là (*supra*, 4.1).

464. *Curateur*, précité, note 7, p. 260: «Pour conclure à l'existence d'une atteinte illicite, il doit être démontré qu'un droit protégé par la Charte a été violé et que cette violation *résulte* d'un comportement fautif. [...] [U]ne atteinte illicite étant, comme je l'ai déjà mentionné, le *résultat* d'un comportement fautif» (nos italiques).

465. Notons que ce deuxième temps peut être simultané ou postérieur à l'inexécution de l'obligation ou à l'atteinte à un droit.

466. *Curateur*, précité, note 7, p. 260: «L'existence d'une atteinte illicite établie, la victime peut, selon les termes du premier alinéa de l'art. 49 de la Charte, obtenir [...] la réparation du préjudice moral ou matériel qui en *résulte*». [...] [L]'octroi de dommages exemplaires [...] ne dépend pas [...] du préjudice *résultant* de l'atteinte illicite» (nos italiques). Voir aussi l'art. 1610, al. 2 C.c.Q., où l'on retrouve implicitement cette idée que le dommage *résulte* de la violation d'un droit de la personnalité.

467. On dit parfois que la faute lourde englobe la faute intentionnelle. Si le législateur a pris soin de les distinguer (voir par ex., les art. 1474 et 1613 C.c.Q.), c'est qu'il y a sûrement un intérêt à distinguer l'une de l'autre.

468. J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 39, n° 145, p. 107.

celle qu'aurait eue une personne prudente et diligente, plus la faute est jugée grave. Lorsque l'écart apparaît suffisamment important, l'on dira qu'il y a imprudence ou négligence grossières dénotant une faute lourde⁴⁶⁹. Compte tenu du libellé de l'article 49 de la Charte, on comprendra «qu'il faille résister à la tentation d'assimiler la notion d'«atteinte illicite et intentionnelle» propre à la Charte aux concepts traditionnellement reconnus de «faute lourde», «faute dolosive» ou même «faute intentionnelle»⁴⁷⁰. En effet, la «faute lourde» se définit en fonction du comportement fautif lui-même plutôt qu'en fonction de l'intention quant aux conséquences de ce comportement. Or, au niveau de la Charte, l'intentionnalité s'apprécie en rapport avec les conséquences d'un comportement et non en rapport avec le comportement lui-même. La «faute intentionnelle», quant à elle, se définit à partir de l'intention quant à la deuxième conséquence découlant de la faute, à savoir le préjudice. Or, aux termes de la Charte l'intentionnalité s'analyse en fonction de la première conséquence, à savoir l'atteinte à un droit.

5.3.2 *Le critère de prévisibilité*

Dans l'arrêt *Curateur*⁴⁷¹, le tribunal ne s'est pas arrêté à définir le mot «intentionnelle» en procédant par une comparaison entre le comportement à l'origine de l'atteinte avec le comportement d'une personne raisonnable. Plus exactement, ce n'est pas sur un écart de conduite – écart qui aurait été jugé moralement répréhensible – que la Cour a fait reposer la notion d'«atteinte intentionnelle» mais bien sur la prévisibilité de la conséquence interdite (à savoir l'atteinte à un droit fondamental) résultant du comportement fautif. Dans un premier temps, le tribunal a indiqué que pour «conclure à l'existence d'une atteinte illicite, il doit être démontré qu'un droit protégé par la Charte a été violé et que cette violation résulte⁴⁷² d'un comportement fautif⁴⁷³. Dans un deuxième temps, le tribunal a énoncé qu'il y «aura atteinte illicite et intentionnelle [...] lorsque l'auteur de l'atteinte illicite [...] agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera⁴⁷⁴. En somme, il doit y avoir un comportement fautif, une

469. Art. 1474 C.c.Q.

470. *Curateur*, précité, note 7, p. 261, par. 118.

471. *Id.*

472. L'atteinte à un droit est une conséquence résultant d'un comportement fautif.

473. *Curateur*, précité, note 7, p. 260.

474. *Id.*, p. 262.

atteinte illicite résultant de ce comportement et la prévisibilité de cette atteinte.

Ainsi, à aucun moment la Cour n'a-t-elle mis l'emphase sur un comportement fautif particulier pour donner ouverture aux dommages punitifs. Nulle part est-il dit qu'un comportement malveillant, opprimant et abusif choque le sens de dignité de la cour et que celle-ci se doit de condamner une telle attitude⁴⁷⁵ ou bien qu'un comportement dur, vengeur, répréhensible et malicieux mérite à lui seul d'être puni⁴⁷⁶. Tout ce que le tribunal a dit c'est qu'un «comportement sera qualifié de fautif si, ce faisant, son auteur transgresse une norme de conduite jugée raisonnable dans les circonstances ou, comme c'est le cas pour certains droits protégés, une norme dictée par la Charte elle-même»⁴⁷⁷. Il ne suffit donc pas que le contrevenant commette une faute; il faut, en plus, qu'une atteinte à un droit fondamental en résulte et que ce résultat soit voulu ou qu'il paraisse comme une conséquence certaine ou presque certaine. Ce n'est donc ni le comportement fautif *lui-même* ni le comportement fautif *à lui seul*⁴⁷⁸ qui donne ouverture à l'imposition d'une peine privée. Ce qui conditionne cette dernière c'est qu'une faute soit commise⁴⁷⁹, qu'une atteinte à un droit en résulte et que cette conséquence soit voulue ou très prévisible. L'approche combinée que nous préconisons (faute, atteinte à un droit et prévisibilité de cette atteinte) nous semble tout à fait conforme à celle retenue dans l'arrêt *Curateur*.

On trouve, dans d'autres jugements, une confirmation implicite à l'effet que le critère de prévisibilité constitue une condition d'ouverture à une réclamation exemplaire. Les tribunaux ont eu l'occasion d'indiquer qu'une atteinte illicite résultant d'un geste spontané, irréfléchi ou non prémédité ne constitue pas une atteinte intentionnelle⁴⁸⁰. Bien qu'aucune explication n'ait été avancée pour rejeter une réclamation exemplaire dans une telle situation, nous pouvons en proposer une. La prévisibilité des

475. *Hill*, précité, note 3, p. 1208.

476. *Vorvis*, précité, note 19, p. 1108.

477. *Curateur*, précité, note 7, p. 260.

478. Rappelons qu'en common law les dommages punitifs servent à rétribuer un comportement hautement répréhensible. C'est pourquoi un tel comportement suffit *lui-même* et *à lui seul* à justifier l'imposition de cette sanction spéciale chez nos voisins (P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 121, 122 et 133).

479. Nous verrons plus loin quel genre de faute donne ouverture à une réclamation exemplaire (*infra*, 5.4).

480. *Supra*, 3.3.4. Il faut noter que les jugements précités (*supra*, note 271) sont postérieurs à l'arrêt *Curateur*.

conséquences de ses actes suppose que l'acteur prendra quelques instants pour les envisager. Le risque d'inexécution ne peut être calculé que si l'agent fautif y réfléchit un certain temps, fût-il court. Même une personne prudente et diligente ne peut entrevoir la possibilité d'une atteinte illicite que si elle y consacre un moment, fût-il bref. C'est pourquoi le geste impulsif s'oppose à l'utilisation des dommages punitifs, puisqu'il n'est pas accompagné de la prévisibilité. Ainsi, bien que les tribunaux ne se soient pas expliqués, il nous semble qu'ils ont implicitement considéré la prévisibilité de l'inexécution comme une condition d'ouverture au redressement exemplaire.

En cas de silence dans la loi, le demandeur doit-il établir la volonté ou la prévisibilité de l'inexécution de l'obligation? On songe, par exemple, à l'article 272 L.P.C., dont le texte ne semble pas requérir une telle volonté ou une telle prévisibilité. Pour répondre à la question, il convient de se référer aux propos de la juge L'Heureux-Dubé: «la *fonction préventive* et dissuasive des dommages punitifs [...] suggère fortement que seuls les comportements dont les conséquences sont susceptibles d'être évitées, c'est-à-dire dont les conséquences étaient soit voulues soit connues par l'auteur de l'atteinte illicite, soient sanctionnés par l'octroi de [dommages punitifs]»⁴⁸¹. Autrement dit, l'imposition d'une sanction dont le rôle est la *prévention* ne peut se justifier que dans la mesure où la conséquence prohibée, ici l'atteinte illicite, était soit voulue soit connue de l'agent fautif. Bien que ces propos aient été énoncés dans le cadre d'une violation à la Charte, ils sont également susceptibles de s'appliquer aux autres dispositions où l'on prévoit la possibilité d'octroyer une peine.

D'une part, ce n'est pas seulement le redressement exemplaire prévu à la Charte qui exerce une fonction préventive. Une telle fonction est reconnue à l'ensemble des dommages exemplaires⁴⁸². C'est pourquoi, il faut considérer que la conséquence, dont on veut prévenir la réalisation (dans le cas de la L.P.C., l'inexécution de l'obligation), doit être soit voulue soit connue par le contrevenant pour qu'elle puisse être sanctionnée par l'octroi d'une peine privée. Ainsi, même en cas de silence, il faut tenir que la prévisibilité de l'inexécution de l'obligation est une condition d'ouverture à l'imposition de dommages punitifs, une telle condition étant

481. *Curateur*, précité, note 7, p. 262 et 263 (nos italiques).

482. Art. 1621, al. 1 C.c.Q.

implicitement sous-entendue dans chacune des dispositions particulières, en raison de la fonction préventive dorénavant attribuée à la mesure pénale. En fait, le débat doit plutôt porter sur le degré de prévisibilité requis, lorsque la disposition en cause ne précise pas que le manquement doit être «intentionnel»⁴⁸³.

D'autre part, les termes utilisés par le magistrat ressemblent plus à l'énonciation d'un principe général en matière de dommages punitifs qu'à la mention d'une règle propre à la Charte. En fait, la notion d'«atteinte intentionnelle» constitue une application particulière, plus exactement une limitation au principe général. Ce dernier, nous le verrons dans quelques instants, est à l'effet que l'inexécution de l'obligation doit être probable sans nécessairement être certaine ou presque certaine. Il est loisible au législateur de restreindre, dans un cas particulier, la portée d'un principe général. Nous croyons que c'est ce qu'il a fait, en précisant que l'atteinte illicite ne doit pas seulement être «probable» mais qu'elle doit être «intentionnelle», c'est-à-dire qu'elle doit être certaine ou presque certaine. On comprendra, alors, que M^{me} la juge L'Heureux-Dubé ait indiqué que son interprétation de la notion d'atteinte intentionnelle est «fidèle»⁴⁸⁴ au principe général, en ce sens que son interprétation est dans la lignée du principe général. Autrement dit, que son interprétation est une application particulière du principe général, plus exactement une limitation au principe général.

Que faut-il entendre lorsque le tribunal déclare que la fonction préventive suggère fortement que les *conséquences* liées au comportement fautif doivent être soit voulues soit connues? À notre avis, ce qui importe c'est la prévisibilité du défaut d'exécution et non la prévisibilité d'un préjudice consécutif à ce défaut⁴⁸⁵. D'autant plus qu'il n'est pas nécessaire qu'un dommage existe pour donner ouverture à la sanction pénale⁴⁸⁶. Ainsi, il nous semble que les *conséquences*, dont fait état M^{me} la juge L'Heureux-Dubé, sont les conséquences du premier niveau, à savoir les défauts d'exécution, plutôt que celles du deuxième niveau, à savoir le préjudice⁴⁸⁷. Aussi faut-il conclure que le critère de prévi-

483. *Infra*, 5.3.3.

484. *Curateur*, précité, note 7, p. 262, par. 122.

485. Il faut noter que la prévisibilité du préjudice englobe l'intention de porter atteinte à un droit fondamental mais pas le contraire (P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 376 à 378).

486. *Supra*, 5.1.

487. *Supra*, 5.3.1. Voir aussi notre interprétation de l'arrêt *Curateur* relativement au mot «conséquences» (P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 372 et s.).

sibilité se rapporte à l'inexécution de l'obligation et non au préjudice qui pourrait résulter, ultérieurement ou concurremment, par suite de cette inexécution.

5.3.3 *Le degré de prévisibilité requis*

La violation d'une obligation peut apparaître comme la conséquence certaine d'un comportement fautif même si cette conséquence n'est pas souhaitée⁴⁸⁸. À l'autre extrême, l'inexécution peut apparaître comme une probabilité très éloignée et très hypothétique. Dans les deux cas, le débiteur ne veut pas, à proprement parler, le résultat malheureux. Néanmoins, il a conscience, il se rend compte que son action peut entraîner une atteinte aux droits d'autrui. La différence réside dans le niveau de prévisibilité quant à l'inexécution. Parfois la loi limite le recours exemplaire aux seules atteintes intentionnelles⁴⁸⁹ et parfois elle est silencieuse sur la nature du manquement⁴⁹⁰. Dans ce dernier cas, quel degré de prévisibilité d'inexécution devrait-on exiger?

D'un côté, il nous semblerait exagéré d'imposer une sanction à caractère pénal, alors que le défaut d'exécution était imprévisible ou apparaissait comme une éventualité très peu probable. De même, il ne saurait être question d'infliger une peine à celui qui, de toute façon, ne pouvait rien faire pour éviter l'inexécution et ce, peu importe qu'il ait commis ou non une faute⁴⁹¹. D'un autre côté, il ne faudrait pas restreindre l'usage des dommages punitifs aux seuls cas où l'inexécution paraissait certaine ou presque certaine. En cas de silence dans la loi, il nous semble possible d'infliger une sanction préventive, même si le défaut d'exécution n'était pas une conséquence immédiate et naturelle ou extrêmement probable. Il suffit que l'inexécution paraisse suffisamment probable sans pour autant être certaine ou presque certaine. Autrement, le législateur aurait parlé inutilement en précisant

488. Pour les fins de la discussion, nous mettons de côté la situation où l'inexécution était spécifiquement voulue.

489. Par ex., l'art. 49 de la Charte. Il y a atteinte intentionnelle lorsque le contrevenant commet une faute tout en sachant que la violation d'un droit fondamental apparaît comme une conséquence immédiate et naturelle ou au moins extrêmement probable.

490. Par ex., l'art. 272 L.P.C.

491. Cette solution se justifie par le fait que l'objectif des dommages punitifs est de prévenir l'inexécution de l'obligation et non de punir une faute. Or, s'il est vrai que le responsable aurait pu éviter la faute, il n'est pas toujours établi qu'il aurait pu empêcher l'inexécution de l'obligation même en l'absence de toute faute (M.-É. ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, note 148, p. 111). On peut voir ici une forme d'application de l'art. 1693 C.c.Q.

aux articles 49 de la Charte et 167 L.A.D.O.P.⁴⁹² que l'atteinte à un droit doit être «intentionnelle».

5.3.4 La prévisibilité doit-elle être appréciée *in abstracto* ou *in concreto*?

On peut se demander si le critère de prévisibilité doit être apprécié *in abstracto* ou *in concreto*. Plus exactement, la question est de savoir si l'inexécution de l'obligation doit apparaître certaine ou presque certaine⁴⁹³ ou encore probable⁴⁹⁴ aux yeux du contrevenant même ou aux yeux d'une personne raisonnable⁴⁹⁵. On sait qu'en matière de responsabilité civile la faute s'apprécie *in abstracto* (y compris les fautes intentionnelles et lourdes⁴⁹⁶). Devrait-on utiliser la même approche avec la peine privée? À l'occasion de *Curateur*, le tribunal ne s'est pas prononcé expressément sur la question. Néanmoins, on peut lire que «les conséquences [doivent être] soit voulues soit connues par l'auteur de l'atteinte illicite»⁴⁹⁷. À première vue, cela laisserait supposer que la volonté ou la connaissance s'évalue subjectivement. Sauf que la juge L'Heureux-Dubé, qui a rédigé l'arrêt *Curateur*, a déjà dit ceci: «on ne peut considérer les critères de prévision subjective et de prévisibilité objective comme des concepts immuables ou distincts. Ils ne sont certainement pas exclusifs»⁴⁹⁸. Si aucune précision n'a été apportée dans *Curateur*, peut-être est-ce parce que le magistrat n'a vu aucun intérêt à exclure une forme de connaissance au détriment de l'autre. Il nous semble donc que la Cour suprême n'a pas encore tranché la question. Ceci nous incite à pousser plus avant l'analyse⁴⁹⁹.

Le modèle abstrait permet de s'arrêter aux apparences alors que la démarche concrète nécessite d'aller au-delà des apparences pour sonder l'esprit du contrevenant, pour découvrir ce qu'il savait réellement. Pour des raisons similaires à celles invoquées

492. Précitée, note 97.

493. Lorsque la disposition en cause requiert que l'inexécution soit «intentionnelle».

494. Pour les autres cas, lorsque la disposition en cause ne requiert pas que l'inexécution soit «intentionnelle».

495. Sans doute que la *volonté* de porter atteinte à un droit devrait être appréciée *in concreto*.

496. Voir: *Juris-Classeur civil*, Art. 1832 à 1836, Fasc. 120-2, n° 32 (faute intentionnelle) et n° 52 (faute lourde).

497. *Curateur*, précité, note 7, par. 122, p. 262.

498. *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, p. 657.

499. Signalons que le Tribunal des droits de la personne a interprété l'arrêt *Curateur* (précité, note 7) comme suit: «L'intentionnalité implique un aspect subjectif et

en matière de responsabilité civile⁵⁰⁰, l'on devrait sans doute s'en remettre au modèle abstrait. En effet, il peut s'avérer difficile de prouver la connaissance effective de l'agent fautif. Ainsi, à défaut d'établir concrètement la connaissance réelle du contrevenant (par aveu ou par présomption⁵⁰¹), le demandeur devrait être autorisé à recourir au modèle abstrait⁵⁰². D'ailleurs «[l]'utilisation de l'appréciation *in concreto* aboutit en fin de compte à l'évaluation de la responsabilité morale de l'individu»⁵⁰³. Or, faut-il le rappeler, les dommages punitifs ne visent pas à rétribuer la faute morale mais à prévenir l'inexécution de l'obligation.

Certes, on pourrait trouver injuste qu'une personne soit condamnée à une sanction pénale, si *in abstracto* elle peut l'être, du fait que ses infériorités individuelles⁵⁰⁴ ne lui ont pas permis d'anticiper l'inexécution. Sauf que celui qui n'a pas l'habileté ou les connaissances nécessaires doit, dans les rapports juridiques d'aujourd'hui, se renseigner ou se faire aider. S'il ne le fait pas, il doit s'attendre à être jugé en relation avec les standards d'une personne raisonnable. Par exemple, le commerçant qui débute en affaires ne saurait se disculper en invoquant qu'il ignorait que certaines pratiques commerciales sont interdites, si un concurrent plus expérimenté était au courant. Le débutant est censé savoir qu'il doit, au début, redoubler d'effort, se renseigner, prendre

un aspect objectif. [...] [L]e Tribunal doit déterminer si l'auteur de l'atteinte voulait ou connaissait les conséquences de sa conduite; c'est l'élément subjectif. Le Tribunal doit aussi évaluer si une personne raisonnable placée dans la même situation aurait pu prévoir que les conséquences de sa conduite étaient extrêmement probables; c'est l'élément objectif.» (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Genest*, [1997] R.J.Q. 1488 (T.D.P.Q.), 1503 (en appel).

Voir, toutefois, les commentaires de J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 39, p. 190, à la note 184 en bas de page.

500. Pour connaître ces raisons, voir Noël DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1965, n^{os} 17 et s., p. 17 et s.
501. À partir des faits, le tribunal peut inférer la volonté ou la connaissance réelle de l'agent fautif (art. 2849 C.c.Q.).
502. Le professeure Roy, qui conditionne l'imposition de dommages exemplaires au critère de prévisibilité (*supra*, note 460), donne son appui à l'approche *in abstracto*. Voir: P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 229 et 230.
503. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 39, n^o 154, p. 113 et 112. C'est pourquoi, en matière pénale, où l'on sanctionne la responsabilité morale, lorsque l'infraction exige la preuve d'un état d'esprit positif, telle que l'intention, le ministère public doit prouver que l'accusé avait l'état d'esprit requis. Il s'agit d'un critère subjectif, fondé sur ce qui s'est vraiment passé dans l'esprit de l'accusé (*R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, p. 18 (j. McLachlin)).
504. Par ex.: un manque d'instruction ou d'expérience, une intelligence en bas de la moyenne, un manque d'habileté, etc.

conseil, etc. L'inexpérience met à la charge du débutant des démarches supplémentaires s'il veut parvenir à exécuter l'obligation. Si on veut uniformiser la pratique des dommages punitifs, mieux vaut soumettre les débiteurs à une norme commune. Ainsi, l'on évitera que les contrevenants potentiels aient intérêt à rester le plus ignorant possible. Par ailleurs, il est possible que des facteurs de supériorité⁵⁰⁵ puissent donner lieu à une application plus large de la notion de prévisibilité. C'est du moins la solution retenue en matière de responsabilité civile⁵⁰⁶.

Mentionnons, en terminant, qu'au niveau de l'appréciation du quantum, le tribunal pourrait tenir compte des caractéristiques personnelles du fautif. En effet, les dommages punitifs sont orientés vers le contrevenant et tendent donc, naturellement, à s'adapter à lui, à se moduler sur sa personnalité. Ainsi, même si le juge est admis, initialement, à se référer au modèle abstrait, il doit, néanmoins, procéder à une analyse *in concreto*. Cela, parce que certaines données particulières au contrevenant peuvent augmenter ou atténuer la sévérité de la sanction. Par exemple, l'inconduite sera jugée plus grave lorsque la norme aura été transgressée par un individu expérimenté⁵⁰⁷, moins grave si l'écart de conduite est dû à un individu quelconque. En outre, le but de la mesure exemplaire étant de modifier, dans l'avenir, un comportement indésirable, on ne peut parvenir à cet objectif que si on prend en considération les données personnelles de l'agent.

5.4 Le comportement fautif

(A) Quelles attitudes fautives donnent ouverture à une réclamation exemplaire? À notre avis, l'inconduite donnant ouverture à une réclamation en dommages punitifs devrait recevoir une description différente de celle qui la réduirait à un comportement que l'on pourrait décrire comme étant essentiellement dur, vengeur, répréhensible et malicieux. Ces qualificatifs ont été

505. Capacités, compétences, connaissances personnelles et autres aptitudes supérieures à la moyenne.

506. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, note 211, n° 471, p. 359 et 360. Rappelons que les dommages punitifs sont une institution autonome et distincte de la responsabilité civile (P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9). Si l'on devait prendre en compte les facteurs de supériorité, c'est par analogie qu'on le ferait et non parce que la peine privée relève de la responsabilité civile.

507. Pour un exemple où le tribunal a dit que la gravité de l'écart de conduite s'accroissait du fait que le débiteur était un entrepreneur d'expérience, voir: *Larouche c. Hervé Pomerleau inc.*, [1998] R.J.Q. 2853 (C.Q.), p. 2862.

utilisés dans l'arrêt *Vorvis*, où l'on a attribué à la sanction pénale une fonction essentiellement punitive⁵⁰⁸. Or, ce n'est pas de ce côté qu'il faut regarder. La peine privée québécoise, qui correspond à une *pénalité*⁵⁰⁹, est un instrument neutre et sans souci moralisateur. Son objectif est de prévenir l'inexécution de l'obligation et non de punir une faute en raison de sa gravité. Par conséquent, le fondement de notre mesure exemplaire ne réside pas dans un comportement jugé gravement répréhensible, comportement qui mériterait d'être dénoncé⁵¹⁰. Bien qu'une faute soit nécessaire⁵¹¹, celle-ci n'a pas à être moralement répréhensible ou socialement inacceptable. C'est pourquoi la sanction pénale peut intervenir dans des situations où l'inexécution résulte d'une faute moralement neutre ou d'une faute qui n'est pas considérée comme antisociale⁵¹². Ceci étant dit, il faut préciser le degré de faute requis pour donner ouverture à une réclamation exemplaire.

Une auteure française a préconisé l'introduction de dommages exemplaires dans le droit civil français. Au sujet de la faute qui justifie l'imposition d'une peine, elle a écrit «qu'il faille retenir, de la faute punissable, une acceptation plus large que celle qui la réduirait à la faute intentionnelle, cela nous paraît donc évident. Mais il ne faudrait pas non plus, et là est la seconde des solutions qui nous paraissent devoir être écartées, en donner une définition exagérément large, en considérant, par exemple, qu'elle peut consister en une faute simple»⁵¹³. Nous sommes assez d'accord avec cette position. En effet, on ne peut utiliser la peine pour modi-

508. *Vorvis*, précité, note 19.

509. *Supra*, 1.1.

510. Dans l'arrêt *Norberg* (précité, note 7), les magistrats ont mentionné que la sanction pénale avait un objectif punitif et dissuasif. Cependant, à l'examen on réalise que c'est l'aspect préventif qui a dominé au niveau de la justification à l'imposition de dommages exemplaires. Par conséquent, la *gravité* de l'inconduite n'apparaissait pas comme le fondement de la peine. Aussi, ne faut-il pas se surprendre de retrouver les propos suivants: «Sa conduite n'était pas, pour reprendre les termes employés dans *Vorvis*, précité, dure, vengeresse ou malicieuse. Elle était toutefois [du genre] [...] qu'il faut à tout prix décourager» (à la p. 268).

511. Voir le texte introductif qui précède le numéro 5.1, *supra*.

512. Kenneth D. COOPER-STEPHENSON et Iwan B. SAUNDERS, *Personal Injury in Canada*, Toronto, Carswell, 1981, p. 695: «If the sole object of exemplary damages were punishment, to require moral turpitude would make a great deal of sense, since the infliction of punishment could hardly be justified in its absence. But punishment is not the sole object of exemplary damages; deterrence of both the defendant and others, and the prevention of undue profit are also goals, so that a rule requiring *moral badness* in every case could be too strict.»

513. S. CARVAL, *op. cit.*, note 353, p. 331.

fier un comportement fautif quelconque que si le moyen de pression est rationnellement en mesure de le faire. Or, d'un point de vue réaliste on ne peut espérer éliminer les fautes légères par la menace d'une sanction pénale. De telles fautes relèvent de l'imperfection inhérente à l'être humain et il serait utopique de vouloir les enrayer par l'utilisation de dommages punitifs⁵¹⁴. En outre, il faut éviter de paralyser des initiatives parfaitement valables en ne menaçant pas indûment le débiteur qui, de bonne foi, commettrait une faute.

À l'aide d'un exemple, il sera plus facile d'y voir clair. Un journaliste qui publie un reportage accablant sur un individu doit savoir qu'il est certain ou presque certain que la réputation de cet individu sera entachée. Ici, nous présumons que l'objectif réel n'est pas de souiller la personne visée mais bien d'informer le public. Il demeure que l'atteinte à la réputation est intentionnelle, car il suffit que le contrevenant soit conscient du fait que l'atteinte à la réputation se produira dans le cours normal des choses, indépendamment de l'objectif réellement poursuivi⁵¹⁵. Or, dans notre exemple, l'atteinte à la réputation apparaît comme une conséquence naturelle ou extrêmement probable. Pour les fins de la discussion, nous prenons pour acquis que le journaliste n'a pas agi selon les standards habituels du milieu et, par conséquent, qu'il a commis une faute. Même si les trois conditions d'ouverture sont présentes⁵¹⁶, la plupart des gens auront tendance à penser qu'une peine ne saurait être imposée si le reproche adressé au journaliste n'est que mineur. On admet volontiers que la faute légère puisse donner lieu à des dommages-intérêts. On doit, par contre, émettre des réserves quant à la possibilité de sanctionner cette même faute par des dommages punitifs. Dans un tel cas, il n'y a «aucun comportement à dissuader et aucun exemple à donner»⁵¹⁷.

514. Voir, M.-È. ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, note 148, p. 110 et 111. L'auteure rapporte que certains se font l'adepte d'une politique de prévention de toute faute, si légère soit-elle, en disant que pour eux la faute est «par définition une manière d'agir que l'on aurait pu, que l'on aurait dû éviter». À cela, Mme Roujou de Boubée rétorque ceci: «Certes, c'est là le but idéal d'une politique de prévention. But idéal, mais peut-être aussi empreint de quelque utopisme. Car s'il vrai que le responsable aurait dû éviter la faute, il n'est pas toujours établi qu'il aurait pu le faire».

515. Voir: P. PRATTE, *loc. cit.*, note 9, p. 376 et 377.

516. 1) Un comportement fautif; 2) une atteinte illicite à un droit; et 3) la prévisibilité de cette atteinte.

517. Cet exemple est tiré de *Beaudoin c. La Presse Ltée*, [1998] R.J.Q. 204 (C.S.). Nous sommes d'accord avec le résultat de ce jugement, mais nous divergeons partiellement d'opinion sur la façon d'y arriver. Il nous semble que deux motifs ont incité le tribunal à rejeter la demande en dommages exemplaires. Premiè-

Les tribunaux ont tendance à rejeter la demande en dommages punitifs lorsque le défendeur est de bonne foi⁵¹⁸. Nous voyons là une reconnaissance implicite que la faute légère ne donne pas, en principe, ouverture à une réclamation exemplaire. Pour perdre sa bonne foi, il faut qu'il y ait faute mais pas n'importe quelle faute. Celle-ci doit comporter une certaine gravité car une faute légère ne permet généralement pas de repousser la présomption de bonne foi prévue à l'article 2805 C.c.Q.⁵¹⁹. Autrefois, on considérait la mauvaise foi et la bonne foi comme les deux côtés d'une même médaille. On définissait donc la bonne foi par rapport à la mauvaise foi et vice versa. La mauvaise foi existait lorsqu'une personne agissait avec l'intention de nuire à autrui ou lorsqu'elle connaissait les vices de son titre. Était donc de bonne foi celui qui n'avait pas l'intention de nuire ou celui qui ignorait les vices de son

rement, le juge a considéré que le défendeur était de bonne foi lorsqu'il a commis une faute. Deuxièmement, le magistrat semble avoir conclu que le journaliste n'avait pas prévu qu'il était certain ou presque certain que ses reportages entraîneraient une atteinte à la réputation du demandeur. Le premier motif suffit pour rejeter la réclamation exemplaire. En effet, même si les trois conditions d'ouverture (faute, atteinte à un droit et prévisibilité de cette atteinte) sont établies, le tribunal, usant de sa discrétion, peut refuser d'octroyer une peine. Dans les circonstances de l'affaire, la cour était bien fondée à rejeter la réclamation exemplaire puisque la faute légère du journaliste ne justifiait aucunement le recours à une sanction pénale. C'est qu'il n'y avait «aucun comportement à dissuader et aucun exemple à donner» (à la p. 253). Quant au deuxième motif, nous avons deux commentaires. Tout d'abord, nous voyons mal comment la publication d'un reportage accablant pourrait ne pas porter atteinte à la réputation de la personne visée. Dans l'espèce, il nous semble que l'atteinte à ce droit fondamental, bien que non voulue, paraissait comme une conséquence extrêmement probable dans le cours normal des choses. Sans doute est-ce pour justifier davantage sa décision que le juge a préféré considérer que l'atteinte n'était pas intentionnelle, c.-à-d. que l'atteinte n'était pas une conséquence certaine ou extrêmement certaine. Ensuite, le tribunal semble avoir utilisé une appréciation *in concreto* au niveau de la prévisibilité de l'atteinte illicite. Or, nous pensons que cette appréciation doit se faire *in abstracto* (*supra*, 5.3.4).

518. Notons que certains croient possible d'imposer des dommages exemplaires, même lorsque le défendeur a agi avec la plus entière bonne foi (D. GARDNER, *loc. cit.*, note 108, p. 204). On donne comme exemple la présence d'un problème largement répandu dans le milieu où a eu lieu le défaut d'exécution.
519. *Trudel c. Gingras*, [1996] R.D.I. 187 (C.A.); Jean PINEAU, «Existence et limites de la discrétion judiciaire dans la formation et l'exécution du contrat», dans *Développements récents en droit commercial* (1996), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1, p. 19. En présence d'une «obligation de résultat» le simple fait de ne pas atteindre la prestation convenue ou imposée par la loi suffit à présumer une faute dans l'exécution des activités (Notons qu'il n'est pas certain qu'une atteinte à un droit fondamental implique automatiquement une faute à l'origine. Voir: *Aubry c. Vice-Versa*, précité, note 358, p. 600, par. 11). On peut penser que, même en présence d'une telle obligation, le demandeur aura le fardeau d'établir une faute, s'il veut obtenir des dommages punitifs. Autrement, la bonne foi se présument, le tribunal pourrait conclure à une faute légère et, par conséquent, rejeter la réclamation en dommages punitifs.

titre. Aujourd'hui, on admet qu'une personne puisse ne pas être de bonne foi sans pour autant être de mauvaise foi⁵²⁰. L'une et l'autre ne sont pas séparées seulement par une mince ligne, puisqu'il existe tout un éventail de comportements fautifs qui, d'un côté, sont suffisamment graves pour écarter la bonne foi d'une personne mais qui, d'un autre côté, ne sont pas assez graves pour constituer de la mauvaise foi. Voyons sommairement les autres facettes de la bonne foi, telle que celle-ci est aujourd'hui comprise.

Est de bonne foi le débiteur qui est réellement intéressé à exécuter entièrement, correctement et sans retard l'obligation même si, dans le cadre de cette exécution, il commet une simple imprudence ou négligence. Dans un tel cas, on parle d'absence de mauvaise volonté⁵²¹. Évidemment une faute sérieuse fait douter de la bonne volonté du débiteur car alors le risque d'inexécution devient suffisamment probable. De fait, une telle attitude est généralement accompagnée de la prévisibilité du défaut d'exécution qui a suivi. Par ailleurs, agit selon les exigences de la bonne foi celui qui use de ses droits avec modération. À l'inverse, celui qui exerce ses droits d'une manière excessive et déraisonnable va à l'encontre des exigences de la bonne foi, tel que le précise l'article 7 C.c.Q. La formulation de cet article semble requérir une faute d'une gravité plus élevée que la simple imprudence ou négligence⁵²². On le constate donc, dans ces deux cas, seule une faute d'une certaine importance pourra écarter la bonne foi ou être contraire aux exigences de la bonne foi.

(B) La gravité d'une faute peut être déterminée par une comparaison entre la conduite de l'agent fautif avec celle d'une personne prudente et diligente: plus les activités sont réalisées d'une manière anormale, plus la faute est importante. Mais on soutient que ce n'est pas la seule façon de procéder. En effet, la doctrine française énonce qu'il est normal de juger plus sévèrement l'inconduite de celui qui avait (ou qui aurait dû avoir) conscience des conséquences probables de ses actes⁵²³. Pour les fins de la peine

520. *Trudel c. Gingras*, précité, note 519.

521. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 1996, p. 107, **Bonne foi**: «[...] Absence de mauvaise volonté, ayant un intérêt dans l'exécution d'une obligation [...]».

522. Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 86.

523. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, note 211, n^o 611-1, p. 567. On n'hésite pas à parler de faute lourde, même si l'écart de conduite n'est pas majeur, lorsque les conséquences (inexécution de l'obligation ou préjudice) apparaissent prévisibles (*ibid.*). Soulignons que la doctrine québécoise a déjà décrit la faute lourde

privée, il nous semble préférable de s'en tenir à un examen de la conduite externe de l'agent pour déterminer la gravité de la faute. Il suffit de comparer la façon dont le contrevenant a agi dans les faits avec la façon dont une personne raisonnable aurait agi dans les mêmes circonstances. N'oublions pas que la prise en compte de la prévisibilité des conséquences constitue déjà une condition d'ouverture distincte à une réclamation exemplaire. Pour ne pas fusionner «la faute» et «la prévisibilité», il faut jauger l'inconduite sans égard à la conscience qu'avait (ou qu'aurait dû avoir) le défendeur quant aux conséquences de ses actes⁵²⁴. Autrement, dans l'exemple précité du journaliste, celui-ci serait automatiquement en faute grave, puisque conscient qu'il est certain ou presque certain qu'un droit fondamental sera violé.

Il arrive aussi que le droit français qualifie de faute grave l'inconduite ayant causé un préjudice important⁵²⁵. Là encore, nous ne pouvons accepter cette vision des choses. Puisque l'article 1621 C.c.Q. fait de «l'étendue du préjudice» un facteur distinct de «la gravité de la faute», le législateur entend donc traiter le degré d'inconduite distinctement de l'ampleur du dommage causé.

(C) De ce qui précède, il ressort qu'en principe une faute légère ne justifie pas le recours aux dommages punitifs. Si la faute lourde⁵²⁶ ou même moyenne ne pose aucun problème pour les autres dispositions, qu'en est-il au niveau de l'article 49 de la Charte? Une lecture rapide de l'arrêt *Curateur* pourrait amener à penser qu'une faute lourde ne donne pas ouverture au redressement exemplaire prévu à la Charte. En effet, il y est écrit que «l'insouciance dont fait preuve un individu quant aux conséquences de ses actes fautifs, si déréglée et téméraire soit-elle, ne satisfera pas, à elle seule, à ce critère»⁵²⁷. Toutefois, une analyse plus poussée permet de soutenir qu'une faute lourde peut justifier l'octroi de dommages exemplaires.

comme un comportement dont les conséquences sont une éventualité sans pour autant que cette éventualité soit certaine ou presque certaine (Louis PERRET, «De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec», (1981) 12 *R.G.D.* 121, 138 et 139).

524. Rappelons qu'il faut distinguer entre un acte fautif et les conséquences de cet acte (*supra*, 5.3.1).

525. *Juris-Classeur civil*, «Responsabilité civile et assurances», Fasc. 120-2, n° 49.

526. Art. 1474 C.c.Q.

527. *Curateur*, précité, note 7, p. 262 (nos italiques). L'article 1474 C.c.Q. définit la faute lourde, entre autres, comme celle qui dénote une insouciance grossière.

Premièrement, rappelons la nécessité de distinguer entre le comportement fautif, l'atteinte illicite et la prévisibilité de l'atteinte illicite. Lorsqu'il est dit que l'insouciance déréglée et téméraire ne suffit pas à rencontrer «ce critère», il s'agit du troisième critère, à savoir celui de la prévisibilité. Ces propos ne visent aucunement la première condition d'ouverture, en l'occurrence le comportement fautif.

Deuxièmement, on parle de l'insouciance dont fait preuve un individu «quant aux conséquences de ses actes». C'est donc bien à la notion de prévisibilité que ces propos s'adressent et non au comportement fautif en tant que condition d'ouverture distincte. Une conclusion différente amènerait à fusionner ces deux éléments. Or, il ne faut pas confondre un acte fautif et la prévisibilité des conséquences de cet acte⁵²⁸, tout comme il faut résister à la tentation d'assimiler la notion d'«atteinte illicite et intentionnelle» aux concepts de «faute lourde» ou de «faute intentionnelle»⁵²⁹. Bref, même si l'atteinte illicite doit être intentionnelle (c.-à-d. que l'atteinte illicite doit être voulue ou fortement prévisible), la faute ayant entraîné cette atteinte n'a pas, quant à elle, à être intentionnelle ou lourde. Ainsi, hormis en général une faute légère, toute faute serait susceptible de rencontrer les conditions d'ouverture au redressement exemplaire prévu à l'article 49 de la Charte.

Troisièmement, l'article 167 L.A.D.O.P.⁵³⁰ prévoit l'octroi de dommages punitifs «lorsque l'atteinte est intentionnelle ou résulte d'une faute lourde». Si le législateur a pris soin de référer à la «faute lourde», c'est qu'il entendait implicitement exclure les atteintes résultant d'une faute moyenne ou légère. Or, au niveau de la Charte et des autres lois, il n'existe pas une telle exclusion implicite. Par conséquent, nous pouvons conclure à ceci. Tout d'abord, pour qu'il y ait ouverture à l'article 167 L.A.D.O.P., il faut que l'atteinte à un droit soit intentionnelle (c.-à-d. que l'atteinte soit voulue ou presque certaine⁵³¹) et⁵³² que cette atteinte résulte d'une faute lourde. Dans le cas de la Charte, il y aura ouverture au

528. *Curateur*, précité, note 7, p. 261.

529. *Ibid.*

530. Précitée, note 97.

531. C'est en tout cas la conclusion que l'on peut tirer en procédant par analogie avec l'interprétation du deuxième alinéa de l'article 49 de la Charte (voir l'arrêt *Curateur*, précité, note 7, par. 121, p. 262).

532. Sans doute faudrait-il lire la conjonction «ou» à l'art. 167 L.A.D.O.P. comme équivalente à «et». Autrement, des dommages exemplaires devraient être accordés dès qu'une faute lourde a entraîné une atteinte à un droit, indépendamment du degré de prévisibilité de cette atteinte.

redressement exemplaire, si l'atteinte à un droit est intentionnelle, que la faute ayant entraîné cette atteinte soit lourde ou moyenne⁵³³, et s'il apparaît opportun d'imposer une telle sanction⁵³⁴. Dans la plupart des autres cas, sous réserve de la question de l'opportunité, la peine pourra être demandée si la faute est plus que légère et si l'inexécution paraissait probable sans pour autant que cette probabilité soit certaine ou extrêmement certaine.

5.5 Quand est-il opportun d'imposer des dommages punitifs?

Pour obtenir des dommages punitifs, il ne suffit pas toujours qu'une faute d'une certaine gravité⁵³⁵ soit commise, que la violation d'une obligation (ou qu'une atteinte à un droit) en résulte et que ce résultat ait été voulu ou prévisible. En effet, dans la plupart des cas, le tribunal a la discrétion et non l'obligation d'accorder les dommages punitifs réclamés par le créancier. Le juge se doit donc, le plus souvent, d'évaluer l'opportunité d'imposer une peine. Quand est-il opportun d'imposer des dommages exemplaires? Loin de nous l'idée de donner une réponse complète ou définitive à une telle question. La variété des situations dans lesquelles les dommages punitifs peuvent intervenir est trop vaste pour analyser en profondeur cet aspect. Nous avons cependant jugé utile d'énoncer quelques généralités sur le sujet.

Disons, tout d'abord, qu'il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire et choix arbitraire. Pour éviter ce dernier, l'imposition de dommages punitifs doit servir un objectif précis et être rationnellement en mesure d'atteindre cet objectif⁵³⁶. Il faut donc que la peine, que le tribunal se propose d'infliger, puisse, selon toute vraisemblance, aider à prévenir l'inexécution d'une prochaine obligation⁵³⁷. Par extension, il faut aussi que le moyen⁵³⁸ envisagé pour atteindre ce but soit, d'un point de vue pratique ou logique, en mesure de le faire.

533. Même si, en principe, une faute légère ne rencontre pas les exigences en matière de dommages exemplaires, il pourra, exceptionnellement, s'avérer utile de recourir à cette mesure coercitive.

534. Nous discuterons dans quelques instants de l'opportunité d'octroyer ou non une peine (*infra*, 5.5).

535. En principe, une faute légère ne permet pas d'infliger des dommages punitifs (*supra*, 5.4).

536. *Hill*, précité, note 3, p. 1209 (j. Cory).

537. P. Roy parle d'une situation qu'il est souhaitable ou possible de prévenir pour l'avenir (*op. cit.*, note 37, p. 249).

538. Dissuasion, persuasion, etc. (*supra*, 4.2).

Mentionnons, ensuite, qu'il ne saurait être question de se baser uniquement ou même principalement sur la faute, pour décider de l'opportunité d'imposer ou non une peine. Plus exactement, ce n'est pas sur la *gravité* de la faute que doit reposer la justification de la sanction exemplaire. En premier lieu, si le degré d'inconduite suffisait, à lui seul, à justifier l'imposition de dommages exemplaires, nous serions en présence d'une mesure rétributive. Or, les dommages punitifs correspondent à une pénalité et non à une punition. Il est vrai que la faute doit être d'une certaine gravité. Mais ce n'est pas à cause de considérations rétributives mais bien pour des raisons utilitaires. C'est qu'il apparaît peu probable que la menace d'une peine puisse éliminer les fautes légères⁵³⁹. En deuxième lieu, quoique, en théorie, la question de la justification diffère de celle de la distribution⁵⁴⁰, en pratique il n'existe pas de nette distinction entre les critères d'octroi et ceux dits d'évaluation⁵⁴¹. Or, le deuxième alinéa de l'article 1621 C.c.Q.⁵⁴² nous indique que les dommages punitifs s'apprécient en tenant compte de «toutes les circonstances appropriées»⁵⁴³ et pas uniquement à partir de la «gravité de la faute». En outre, cette dernière n'apparaît pas, dans l'alinéa en question, comme le facteur principal mais simplement comme un élément parmi d'autres. Ainsi, l'opportunité de l'octroi d'une peine ne saurait être décidée uniquement ni même principalement en fonction de la faute commise, fût-elle grave.

Par ailleurs, selon la professeure Roy, deux conditions sont nécessaires pour justifier une condamnation à des dommages exemplaires⁵⁴⁴. En premier lieu, le défendeur⁵⁴⁵ doit être dans une situation de pouvoir par rapport au demandeur⁵⁴⁶. En deuxième

539. *Supra*, 5.4.1.

540. *Supra*, 2.2.

541. P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 503.

542. Alinéa qui, de prime abord, énonce des critères d'évaluation et non d'octroi.

543. Soulignons qu'une peine serait illégale si elle résultait de l'application de critères sans liens logiques avec l'objectif qu'elle est présumée assumer. C'est pourquoi, en considérant l'ensemble des circonstances, le tribunal devra exclure certains éléments qui, bien qu'utiles au niveau de l'évaluation, n'ont aucun lien logique avec la prévention.

544. Pour être exact, l'auteure énonce une troisième condition: un critère de prévisibilité. Nous en avons déjà discuté (*supra*, note 460).

545. Ou son représentant.

546. P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 226: «Seuls les comportements adoptés par une personne en situation de pouvoir, au sens large du terme, qu'elle soit de nature économique, morale, sociale, physique ou psychologique, peut justifier une condamnation à des dommages exemplaires. Pour déterminer si l'agent fautif est placé en situation de pouvoir, il faut considérer plusieurs facteurs, dont le

lieu, le défaut d'exécution doit survenir dans le cadre des activités courantes du défendeur⁵⁴⁷. Pour M^{me} Roy, ces conditions sont essentielles car elle considère que ce n'est que dans ces circonstances qu'il y a un risque réel de récidive par le contrevenant. En pratique une telle approche aurait pour effet de restreindre la sanction pénale à certains milieux seulement (le monde des affaires, les forces policières, les médias d'information, etc.⁵⁴⁸). En effet, ce n'est généralement que dans ces milieux qu'il sera possible de retrouver ces deux conditions⁵⁴⁹. Par contre, M^{me} Roy s'oppose à l'utilisation de dommages punitifs contre une personne qui n'est pas en situation de pouvoir ou qui n'a pas agi dans le cadre de ses activités courantes. Elle suppose qu'il y a peu de risque de récidive lorsque l'une ou l'autre de ces conditions fait défaut. Selon l'auteure, dans ces circonstances, on ne devrait pas infliger une peine aux seules fins d'intimider les tiers. Elle ajoute que, de toute façon, compte tenu de la diffusion limitée des décisions judiciaires, il y aurait peu à attendre au niveau de l'exemplarité⁵⁵⁰. De sorte que la peine n'aurait aucun effet dissuasif, ni spécifique ni général. À notre avis, il peut s'avérer opportun d'imposer des dommages exemplaires, même si l'une des deux conditions précitées (ou même les deux) n'est pas présente.

Premièrement, plusieurs obligations protégées sont violées, alors qu'aucun rapport de subordination n'existe entre le contrevenant et la victime. Il en est ainsi dans plusieurs cas d'atteinte à un droit fondamental où il n'existe aucune situation de pouvoir, même au sens large⁵⁵¹, entre le défendeur et le demandeur. Il peut également arriver que ce soit le subordonné qui porte atteinte à un droit fondamental du supérieur, par exemple lorsqu'un salarié diffame son employeur. Ainsi, dans certains de ces cas, il pourrait

type de défendeur impliqué, le contexte général dans lequel la décision a été prise ou la conduite dommageable adoptée, soit en tenant compte de l'impact potentiel du comportement illicite».

547. *Id.*, p. 227: «la conduite ou la décision à l'origine du préjudice doit, dans tous les cas, avoir été prise dans le cadre des activités courantes de la partie défenderesse. Il peut s'agir de tout type d'activités, de nature commerciale, sociale ou autre, exercées à temps plein ou à temps partiel, dans la mesure où elles présentent un caractère de permanence».

548. P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 228.

549. M^{me} Roy ajoute que dans ces milieux «il ne faut pas longtemps pour que l'imposition d'une sanction exemplaire soit connue, principalement des concurrents, et qu'elle incite à la prudence ceux qui avaient besoin de se faire rappeler à l'ordre» (p. 228). De sorte que la peine aurait un effet dissuasif tant spécifique que général.

550. *Id.*, p. 228.

551. Voir à la note 570.

être opportun d'imposer une peine, afin de décourager le contrevenant de recommencer ou les tiers de l'imiter. Il nous semble que le fait que l'inconduite ait été adoptée dans un contexte de pouvoir devrait surtout influencer le tribunal au niveau de l'appréciation du quantum et non dans la décision d'accorder une peine. Dans un tel contexte, la possibilité de récidive est certes plus grande ce qui peut justifier une condamnation plus importante. En outre, le fait que le défaut d'exécution soit survenu dans une situation de pouvoir constitue un facteur aggravant qui milite également en faveur d'une sanction plus forte.

Deuxièmement, nous songeons à l'individu qui a agressé physiquement son voisin mais qui, au moment du jugement, souffre de quadriplégie à la suite d'un accident d'auto survenu ultérieurement à l'agression. On pourrait se dire que seuls les autres pourront être découragés dans l'avenir et qu'il serait injuste d'utiliser le contrevenant aux seules fins d'impressionner les autres. Ce serait oublier qu'il ne s'agit pas seulement d'empêcher l'agresseur de porter, à nouveau, atteinte à l'intégrité physique⁵⁵² d'un tiers mais aussi de le dissuader de violer d'autres droits fondamentaux. Or, la personne atteinte de quadriplégie peut très bien avoir des propos diffamatoires⁵⁵³. Ainsi, même s'il n'y a aucun risque que l'agent fautif s'en prenne à nouveau physiquement à quelqu'un d'autre, il demeure néanmoins susceptible de violer une autre obligation garantie par des dommages punitifs. Il peut donc s'avérer opportun de le dissuader de le faire.

Troisièmement, il y a peut-être lieu de nuancer la position de M^{me} Roy. Pour cette dernière, est exclu du domaine des dommages punitifs «le geste isolé qui résulte d'une action spontanée»⁵⁵⁴. Ces propos semblent viser uniquement les gestes à la fois *isolés* et à la fois *spontanés*. Certes un geste *spontané* ne peut donner ouverture à une mesure préventive⁵⁵⁵. En effet, la menace n'est efficace qu'en présence d'un comportement réfléchi. Toutefois, le geste *isolé* peut très bien faire suite à une décision mûrement réfléchie ce qui lui enlève toute spontanéité. Dans un tel cas, il pourrait s'avérer fort utile de sanctionner le contrevenant, afin d'alimenter sa réflexion au moment où il fera le bilan global de l'opération.

552. Art. 1 Charte.

553. Art. 4 Charte.

554. P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 227. Voir aussi à la p. 228: «comportements [...] isolés et qui résultent de *réactions impulsives*» (nos italiques).

555. Voir: *supra*, 3.3.4.

Autrement, il pourrait en déduire que, tout compte fait, le jeu en valait la chandelle. Il n'y aurait là rien de bien encourageant pour l'avenir.

Ajoutons, à titre complémentaire, que la réparation, à laquelle pourrait être tenu le contrevenant, ne permet pas toujours de retirer en totalité le bénéfice acquis à la suite d'une faute lucrative⁵⁵⁶. Dans un tel cas, seule l'imposition d'une peine permet d'annuler tout le profit illicitement réalisé. Certes, on pourrait trouver inutile d'imposer une sanction pénale alors qu'il y a peu de risque de récidive. La critique que l'on peut faire, c'est qu'en ne condamnant pas le contrevenant on lui laisse une partie du bénéfice illicite résultant de son acte. N'oublions pas qu'une faute lucrative suppose que le défendeur a bien réfléchi avant d'agir. On peut penser qu'il est plus injuste de laisser au fautif le profit illégitime que de lui soutirer. Peut-être que la solution la plus équitable consiste à retirer tout le profit illégitime, mais sans plus. De cette façon, on ramène le fautif dans une situation financièrement neutre ce qui paraît plus acceptable. Les dommages punitifs sont donc susceptibles d'empêcher celui qui a fait fi de ses obligations de s'enrichir injustement dans le cadre d'une faute lucrative, tout en décourageant les autres de s'engager dans cette voie⁵⁵⁷. Autrement, on envoie le message qu'il est tolérable que chacun d'entre nous puisse au moins une fois, de façon isolée, commettre une faute lucrative.

Quatrièmement, les tribunaux n'hésitent pas, dans certaines circonstances, à imposer des dommages punitifs pour dissuader les autres, même s'il appert que cette imposition n'aura aucun effet dissuasif sur le défendeur lui-même. Il en est ainsi dans l'arrêt *Norberg*⁵⁵⁸. Nous pensons qu'il en est également ainsi dans l'arrêt *Lambert c. Minerve Canada, compagnie de transport aérien inc.*⁵⁵⁹. Dans cette affaire, le contrevenant était déjà en faillite au moment de rendre jugement. On voit mal comment l'imposition d'une condamnation exemplaire aurait pu ajouter un élément dissuasif envers le défendeur même. Pourtant, des dommages punitifs ont été accordés. Nous pensons que c'est davantage un avertis-

556. *Supra*, note 427.

557. Certains sont d'avis que ce sont des raisons rétributives qui justifient le retrait du bénéfice illicite (P.C. WEILER, *loc. cit.*, note 10, p. 166 et 167). Nous sommes d'avis que des raisons utilitaires le justifient également.

558. Précité, note 7.

559. Précité, note 190.

sement destiné aux autres contrevenants potentiels qui a été donné par la cour.

Cinquièmement, à l'instar de certains criminalistes, il faut insister sur la différence qu'il y a entre la justification d'une peine conçue comme une action particulière et la justification d'un système de peines. Sous le premier aspect, la peine est vue comme une sanction particulière décidée au cas par cas. Sous le deuxième aspect, l'application régulière de la peine est vue comme un système institutionnalisé dont la constance y est pour beaucoup dans la production d'un effet comminatoire. En effet, le maintien de la crédibilité du moyen de pression découle beaucoup plus du fonctionnement régulier du système que de l'application sporadique d'une peine, fût-elle vraiment exemplaire. Le juge doit être conscient que la sanction qu'il impose n'est pas une sanction isolée mais qu'elle s'inscrit dans une dynamique de groupe. Il importe donc de ne pas oublier cet aspect fondamental. C'est pourquoi, même si le quantum est évalué au cas par cas, l'opportunité n'est pas toujours décidée uniquement en fonction du cas particulier, puisque l'ensemble des peines forme «une institution qui, en tant que telle, a une utilité générale»⁵⁶⁰.

Sixièmement, on l'a déjà dit, c'est généralement à travers les amis et les connaissances que la population prend connaissance des cas concrets de l'application de la peine privée⁵⁶¹. Même plus, contrairement à ce qu'on peut croire, c'est par les amis et connaissances qu'une bonne partie de la population prendra connaissance de l'existence même de cette mesure spéciale. En effet, cela peut paraître surprenant, mais plusieurs personnes ignorent qu'il existe une peine privée en droit québécois. Il devient donc nécessaire, pour informer le plus grand nombre possible, que les tribunaux n'hésitent pas à imposer une peine, afin de rendre davantage connues l'existence et l'infliction réelle des dommages exemplaires. Même si leur nombre est restreint, il demeure que le défendeur et la victime ainsi que leur famille respective, et peut-être même quelques amis intimes, auront une connaissance personnelle de la chose. Il est vrai que la méconnaissance de la loi ou l'absence de publicité des décisions rendues peuvent faire en sorte que la menace inscrite dans la loi ou son application antérieure contre d'autres personnes n'aient eu, *a priori*, aucun effet dissuasif sur le défendeur. Néanmoins, suite au procès il y aura quelques

560. M. CUSSON, *op. cit.*, note 163, p. 148.

561. *Supra*, 4.4.1.

individus de plus qui auront dorénavant une connaissance effective de la sanction pénale. Et cela sera encore plus efficace s'il est démontré qu'il ne s'agit pas seulement d'une menace en l'air.

Septièmement, que penser du défendeur qui, entre le moment de la plainte (ou de l'introduction de l'action) et l'audition de la cause, a corrigé la situation ou a fait des excuses sincères à la victime? On pourrait croire que cela démontre que le défendeur a pris conscience de son geste et qu'il y a peu de risque de récidive⁵⁶². Le message envoyé par une condamnation exemplaire n'aurait que peu d'utilité à son égard. Si on se limitait à la dissuasion spécifique, il ne serait peut-être pas justifié que la sanction soit imposée. Par contre, ces autres qui agissent impunément se diraient sans doute qu'ils n'ont qu'à attendre d'être poursuivis avant de se décider à se conformer aux normes prescrites. La menace de la sanction y perdrait en crédibilité surtout si le comportement est largement répandu. C'est pourquoi, la dissuasion générale commanderait une intervention judiciaire. Toutefois, le comportement fautif ayant cessé, la peine pourrait être moindre, à la condition que la correction effectuée puisse correspondre à des excuses sincères.

Compte tenu de ce qui précède, on peut se demander s'il ne vaudrait pas mieux que l'imposition soit la règle plutôt que l'exception. De sorte qu'il appartiendrait davantage au défendeur de convaincre le tribunal de l'inutilité d'une condamnation exemplaire qu'au demandeur de démontrer l'opportunité de cette même condamnation. Certes, le législateur n'a pas cru bon de généraliser les dommages punitifs. Ceux-ci conservent donc un caractère exceptionnel. Toutefois, même une disposition spéciale n'en reste pas moins un texte de loi et à ce titre il convient de l'interpréter suivant la raison qui en constitue le fondement et de l'appliquer dans la plénitude de sa raison d'être. Le débat reste ouvert.

Finalement, on peut se demander ce qui arrive dans les cas où la loi n'accorde de discrétion au juge que dans la fixation du montant mais non dans l'octroi lui-même. À première vue, il semblerait qu'une peine doive être imposée dès que les trois conditions de base⁵⁶³ sont rencontrées. C'est du moins la conclusion que l'on peut tirer en raisonnant *a contrario* avec les propos tenus dans

562. C. DALLAIRE, *op. cit.*, note 4, p. 78.

563. Une faute d'une certaine gravité, l'inexécution d'une obligation et la prévisibilité de cette inexécution.

l'arrêt *Curateur*. On peut y lire que, même en présence d'une atteinte illicite et intentionnelle, l'octroi de dommages exemplaires aux termes du deuxième alinéa de l'article 49 de la Charte demeure discrétionnaire⁵⁶⁴. *A contrario*, en l'absence d'une telle discrétion, il y aurait ouverture à la mesure pénale dès que les trois conditions de base sont établies. Les tribunaux refusent toutefois d'infliger une peine, lorsque le contrevenant a agi de bonne foi⁵⁶⁵. Selon nous, il ne faut pas considérer la bonne foi comme une excuse que peut invoquer le défendeur, mais comme une indication que la faute commise n'est pas suffisamment grave pour rencontrer la première condition d'ouverture, à savoir un comportement fautif d'une certaine gravité⁵⁶⁶.

CONCLUSION

On peut utiliser la peine pour empêcher les gens de commettre de nouvelles infractions auquel correspond une autre alternative celle de rétribuer les infractions déjà commises. L'utilitariste fait de la peine un pari, un risque calculé; il vise l'avenir sous le prétexte du passé⁵⁶⁷. Le rétributiviste fait de la peine un retour de mise; il vise le passé sous le prétexte de l'avenir⁵⁶⁸. D'emblée, les différences se dessinent. Certes, à plusieurs occasions la sanction exemplaire pourrait remplir à la fois une fonction morale et une fonction utilitaire. Cependant, comme ces fonctions opèrent différemment, il y a des situations où l'une d'elles doit nécessairement prédominer. À d'autres occasions, il sera impossible de jouer simultanément sur les deux tableaux à la fois et il faudra nécessairement écarter l'une de ces fonctions. Une pratique commune et universelle ne peut donc se réaliser que par un seul intermédiaire: soit la *punition*, soit la *pénalité*⁵⁶⁹. C'est pourquoi il est nécessaire de déterminer à quelle enseigne logent les dommages punitifs.

En l'absence d'une politique législative expresse sur le but des dommages punitifs, la jurisprudence a reconnu une fonction punitive et dissuasive aux dommages punitifs. Il faut cependant préciser que l'aspect rétributif a souvent dominé, la dissuasion

564. *Curateur*, précité, note 7, p. 263.

565. Voir, par exemple, au niveau de la L.P.A., qui n'accorde de discrétion au tribunal que dans le montant de l'octroi et non dans l'octroi lui-même: *Trudel c. Gingras*, [1996] R.D.I. 189 (C.A.); *Fortin c. Plante*, J.E. 96-239 (C.A.).

566. *Supra*, 5.4.

567. P. PONCELA, *op. cit.*, note 17, p. 60.

568. *Ibid.*

569. Pour la définition de ces mots, voir *supra*, 1.1

n'apparaissant souvent qu'être un aspect secondaire et inhérent à l'imposition d'une punition⁵⁷⁰. L'article 1621 C.c.Q. est-il simplement une codification de cette jurisprudence ou, au contraire, exprime-t-il un changement de cap? À notre avis, il faut voir le désir de ne pas maintenir le *statu quo*⁵⁷¹. D'un double objectif de punition et de dissuasion, les dommages punitifs ont maintenant une seule fonction officielle: la prévention. On doit voir là un changement à plusieurs égards.

Premièrement, c'est vers le futur et non vers le passé que doit se tourner le tribunal. C'est donc la philosophie utilitariste, et non plus la philosophie rétributive, qui sous-tend dorénavant la mesure pénale⁵⁷². C'est pourquoi, d'un modèle principalement rétributif, on doit donc passer à un modèle utilitaire. Notons que le délaissement de l'approche rétributive se constate également en droit criminel. En effet, plusieurs croient que, même si c'est avec beaucoup de timidité, les nouveaux articles 717 et suivants du Code criminel permettent de passer d'un modèle rétributif à un modèle de justice réparatrice (*restorative justice*)⁵⁷³. D'ailleurs, on doit souligner que l'article 718 C. cr. ne réfère pas, du moins explicitement, à la punition et à la rétribution parmi les objectifs de la sentence⁵⁷⁴. Quoi qu'il en soit, la punition, s'il est possible d'y recourir, revient au droit pénal, selon nous. Il convient de laisser le droit civil aux dimensions qui sont les siennes. Il faut donc maintenant envisager de justifier l'à-propos des dommages punitifs à partir de considérations utilitaires, même dans le cas de la Charte.

Deuxièmement, la dissuasion (générale ou spécifique) n'est plus appréhendée comme un objectif en tant que tel⁵⁷⁵ mais comme un moyen. En effet, les dommages exemplaires ont pour

570. *Supra*, 2.1.

571. *Contra*: D. GARDNER, pour qui le premier alinéa de l'art. 1621 C.c.Q. n'est qu'une consolidation de la jurisprudence qui considère que les dommages exemplaires poursuivent un but punitif et dissuasif (*loc. cit.*, note 108, p. 203).

572. Rappelons que le rétributivisme est orienté essentiellement vers le passé (*supra*, 1.2).

573. Voir, par ex.: William J. VANCISE, «To Change or Not to Change – That is the Issue», (1996) 1 *Can. Crim. L.R.* 263, p. 272.

574. Par contre, il faut dire que d'autres sont d'avis que les alinéas (a), (c) et (f) de l'art. 718 C.cr. combinés avec le principe de proportionnalité prévu à l'art. 718.1 C.cr. font que la rétribution et la punition sont des concepts toujours vivants. Voir: Tim QUIGLEY, «New Horizons in Sentencing», (1996) 1 *Can. Crim. L.R.* 277, p. 289; Peter W.L. MARTIN, «Sentencing Principles, Pitfalls and Bill C-41», dans *L'administration de la justice: la perception du public*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, 195, p. 206.

575. Du moins comme un objectif ultime.

fonction de prévenir l'inexécution. La dissuasion n'est qu'un moyen pour parvenir à ce résultat⁵⁷⁶. En outre, il est maintenant possible d'envisager d'autres moyens que la dissuasion pour arriver à l'objectif poursuivi. Ainsi, on peut concevoir de recourir aux dommages punitifs pour persuader le débiteur d'en faire plus, pour aviser les victimes potentielles d'être prudentes envers le contrevenant, pour maintenir les bons débiteurs dans le bon chemin⁵⁷⁷. Tous ces moyens sont susceptibles de prévenir un nouveau défaut d'exécution. Cependant, il faut ajouter que, pour les raisons déjà mentionnées⁵⁷⁸, nous doutons que la réprobation puisse être utilisée pour parvenir à empêcher un nouveau défaut d'exécution.

Troisièmement, comme il s'agit de prévenir l'atteinte à un droit et non de punir le comportement fautif à l'origine de cette atteinte, l'inconduite n'a pas à être répréhensible en soi (*malum in se*). Autrement dit, même si la conduite fautive ne se qualifie pas de «conduite antisociale», une peine peut être imposée si cela peut prévenir une nouvelle inexécution de l'obligation. C'est que la faute, même si elle est un prérequis à l'imposition du redressement exemplaire, n'apparaît pas comme la *rationale* des dommages punitifs. C'est pourquoi, lorsqu'une disposition demande une inconduite plus caractérisée, telle une faute lourde⁵⁷⁹, ou une prévisibilité importante, telle une atteinte intentionnelle⁵⁸⁰, on doit voir là une limitation à l'utilisation de la peine plutôt que l'introduction d'un élément rétributif. Cette limitation découle de considérations politiques et non morales. Le législateur a voulu lui-même établir la ligne en deçà de laquelle seuls les recours ordinaires demeurent ouverts au créancier.

Quatrièmement, il ne s'agit plus d'harmoniser les peines⁵⁸¹ mais de personnaliser celles-ci. En effet, l'harmonisation vaut dans un système rétributif mais pas lorsqu'il s'agit de faire prévaloir l'aspect utilitaire d'une sanction. Dans un tel cas, on doit plutôt aménager la peine en tenant compte des caractéristiques de chacun, d'où la «personnalisation» des peines. Ajoutons, cependant, que cette personnalisation s'effectue à partir d'un processus uniforme d'imposition. En effet, l'article 1621 C.c.Q. vise à unifor-

576. *Supra*, 4.2.

577. *Supra*, 4.2.3 à 4.2.5.

578. *Supra*, 4.3.

579. Voir l'art. 167 L.A.D.O.P. (précitée, note 97).

580. Voir l'art. 49 de la Charte.

581. C'est-à-dire infliger des peines semblables pour des infractions semblables.

miser la sanction pénale tant au niveau de sa fonction justificatrice que de ses critères d'évaluation.

Nous sommes conscient qu'il y a beaucoup à faire pour migrer vers un modèle utilitaire. Une analyse des jugements rendus récemment nous démontre que certains magistrats privilégient encore une approche rétributive dans la justification des dommages punitifs⁵⁸². Heureusement, on constate un certain virage dans la jurisprudence et ce, à deux points de vue. Soit que certains juges ne réfèrent aucunement à la punition, soit que ce dernier mot est utilisé dans un sens large c'est-à-dire pour indiquer que la mesure imposée a un caractère pénal plutôt que curatif⁵⁸³. Par exemple, on énonce que les dommages punitifs ont pour objectif la punition et la dissuasion, en précisant, toutefois, que «[l]'objectif de punition d'une partie fautive vise à lui faire déboursier une somme plus importante que la totalité des dommages qu'il a causés»⁵⁸⁴. Selon nous, le mot «punition» a été utilisé pour indiquer que la sanction exemplaire possède un caractère pénal, c'est-à-dire qu'elle est spécifiquement destinée à infliger un désagrément au contrevenant plutôt que d'apporter un remède à la victime⁵⁸⁵. Autrement dit, il ne s'agit pas de punir au sens étroit mais de punir au sens large⁵⁸⁶.

Il y a toujours un risque à énoncer des idées qui entrent en conflit avec une certaine tradition doctrinale et jurisprudentielle. M^{me} Roy n'a pas hésité à le faire en déclarant formellement que, dorénavant, les dommages punitifs ne doivent plus servir à rétribuer les fautes commises⁵⁸⁷. Nous avons choisi de courir ce même risque.

582. Voir, par ex., *Larouche c. Hervé Pomerleau inc.*, [1998] R.J.Q. 2853 (C.Q.), p. 2862: «[Les dommages punitifs] cherchent à stigmatiser la conduite de l'auteur d'un acte jugé répréhensible. Ils soulignent la réprobation sociale qu'appelle une conduite inacceptable teintée de mauvaise foi et dans l'intention de nuire.»

583. Rappelons que dans le langage courant le mot «punition» est souvent utilisé pour indiquer que la mesure imposée a un caractère pénal et non pour énoncer que la sanction infligée est de nature rétributive (*supra*, 1.1).

584. *Collège Mont-St-Louis c. Brault*, précité, note 469, p. 2057. On retrouve également les mêmes mots dans: *Investissements D.D. Inc. c. Mascouche (Ville de)*, J.E. 98-2301 (C.S.); *Arbour c. La Presse Ltée*, REJB 99-11698 (C.S.).

585. *Supra*, 1.1.

586. *Ibid.* Cela se confirme, lorsque le tribunal énonce les motifs qui justifient une révision de la décision faisant l'objet de la requête en révision judiciaire. En effet, le juge conclut que, sous le couvert de dommages-intérêts, l'arbitre avait accordé une peine visant à décourager le débiteur de passer outre à ses obligations dans le futur (*Collège Mont-St-Louis c. Brault*, précité, note 617, p. 2057).

587. P. ROY, *op. cit.*, note 37, p. 223 à 226.